Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichen ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Sechsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1800.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Fortsetzung
des vierten Titels
De Minoribus XXV. annis.

§. 460.

Die Restitution der Minderjährigen setzt eine erlittene Läsion voraus.

Minderjährige können jedoch nur gegen solche Geschäfte die Restitution suchen, durch die sie eine wirkliche und auch nicht ganz unerhebliche Verletzung erlitten haben [1]). Sie wird ihnen daher ertheilet,

1) wenn sie ein Recht verloren, das sie hatten, oder sonst eine wirkliche Verminderung ihres Vermögens erlitten haben, und zwar nicht nur

a) in aussergerichtlichen Geschäften, z. B. durch Vergleich [2]), Theilung gemeinschaftlicher Sachen [3]), Kauf, oder Verkauf [4]), letzter sey von ihnen selbst [5]), oder von ihren Pfandgläubigern zu ihrem Nachtheil geschehen [6]); Erlassung

1) *L. 44. D. h. t. L. 9. pr. L. 49. D. eodem.*

2) *L. 1. et 2. C. Si adv. transact.* DOMPIERRE h. t. §. 59.

3) *L. 1. Cod. cit.* VOET ad Pand. h. t. §. 20.

4) *L. 7. §. 1. D. h. t.*

5) *L. 1. et 2. C. Si adv. vendit.*

6) *L. 7. §. 1. D. de distract. pign. L. 1. et 2. C. de praed. et aliis reb. minor. L. 1. Cod. Si adv. vendit.* DOMPIERRE h. t. §. 32.

sung einer Schuld [7]), Aufnahme eines Darlehns [8]), Annehmung einer Zahlung [9]), Novation, wodurch sie einen unsichern Schuldner statt eines sichern angenommen [10]), u. d. sondern auch

b) in gerichtlichen Geschäften, z. B. durch Verabsäumung einer Nothfrist, Vernachläßigung der Beweißmittel, oder zuständiger Exceptionen, unterlassene Einwendung der ihnen gegen ein gravirliches Urteil zukommenden Rechtsmittel, u. d. m. [11]).

II) Wenn

7) *L.* 27. §. 2. *D. h. t.*

8) *L.* 27. §. 1. *D. h. t.* Hat der Minderjährige das erborgte Geld unsicher ausgelehnt, so muß er seinem Gläubiger das Recht an seinen Schuldner abtreten. Hat er für das Geld ein Grundstück, aber viel zu theuer, gekauft, so kann er verlangen, daß der Verkäufer dasselbe zurücknehme, und ihm sein Geld wieder herausgebe, damit der Gläubiger davon bezahlt werde. Hat hingegen der Minderjährige das Geld verschwendet, dann verliert der Gläubiger sein Forderungsrecht ganz.

9) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* Daß die Zahlung dem Vormund, oder mit dessen Einwilligung dem Minderjährigen geleistet worden ist, sichert den Schuldner nicht, wenn der Minderjährige um das Geld kommt. *L.* 1. *Cod. Si adv. solution.* S. *Ios. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 9. (in *Thes. Meermannian.* T. VI. pag. 47.) Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 26. Nur gegen eine unter gerichtlichem Ansehen geschehene Zahlung findet keine Restitution Statt. §. *ult. I. Quib. alienare licet.* **L.** 25. *Cod. de admin. tutor. et curator.* VOET ad Pand. h. t. §. 22. und Ge. Jac. Fried. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. Bd. Bemerk. 18.

10) *L.* 27. §. 3. *D. h. t.*

11) *L.* 7. §. 11. *L.* 36. *D. h. t. Tot. Tit. Cod. Si adv. rem iudicat.*

II) Wenn sie einen Vortheil, den sie aus einem gegründeten Recht hätten erlangen können, aus den Händen gelassen haben [12]). Z. B. ein Minderjähriger hat aus Uebereilung ein Vermächtniß nicht angenommen, oder bey einer legirten Option das Schlechtere statt des Bessern gewählt [13]). oder eine Erbschaft ausgeschlagen; nur müssen freylich in diesem letztern Falle die Intestaterben nicht etwa schon die Erbschaft veräussert haben, sondern es muß noch res integra seyn [14]). Wäre indessen der Minderjährige ein suus heres, und er hätte von der väterlichen Erbschaft aus Leichtsinn abstinirt, so kann er noch die Restitution erhalten, wenn auch die Erbgüter schon verkauft wären [15]). Endlich

III) wenn sie eine Beschwerde oder Verbindlichkeit übernommen haben, die sie hätten ablehnen können [16]). Dahin gehört, wenn ein Minderjähriger eine nachtheilige Erbschaft angetreten [17]), oder ein beschwerliches Legat angenom-

12) *L. 7. §. 6. et 8. D. h. t.*

13) *L. 7. §. 7. D. eod.*

14) *L. 24. §. 2. D. eodem.*

15) *L. ult. in fin. Cod. de repudianda vel abstin. heredit.* VOET h. t. §. 24. und LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XXIX. Tit. 2. §. 40. in fin.

16) *L. 6. D. h. t.*

17) *L. 7. §. 5. et 9. D. h. t.* Nach diesem Gesetz kann sogar der Minderjährige gegen die Antretung einer Erbschaft auch dann die Restitution erhalten, wenn er gleich schon vorhin einmal selbige repudiirt, und dagegen die Wiederherstellung erhalten hatte. Allein nach der *L. fin. §. 6. Cod. de bonis, quae liber.* geht das nicht mehr so schlechthin an, *ne ludibrio leges ei fiant, saepius eandem et amplecti et respuere hereditatem cupienti*, wie Justinian sagt. Man will jedoch dieses

men [18]), oder für einen Andern Bürgschaft geleistet hat [19]), u. d. m.

Es muß nur aber immer

1) eine wirkliche Läsion vorhanden seyn. Die Restitution fällt daher weg

a) wenn der Minderjährige unterlassen hat, seinen Schuldner durch Interpellation in moram zu versetzen. Denn bey den Schuldnern der Minderjährigen tritt der Verzug mit seinen Wirkungen ipso iure ein. Es müssen daher dem minderjährigen Gläubiger die Verzugszinsen bezahlt werden, wenn auch keine Interpellation geschehen ist [20]).

b) Wenn er versäumt hat, eine Klage, die blos auf Rache abzweckt, anzustellen. Er wird daher gegen eine unterlassene Injurien-Klage nicht restituirt [21]).

c) Wenn

Gesetz blos von dem Falle verstehen, da der Vater die Erbschaft für seinen unmündigen filiumfamilias angetreten oder repudiirt hatte, und dieser nachher gegen die Handlung seines Vaters restituirt worden ist. Denn Justinian sagt gleich nachher: *Si enim, quod pater fecit, filius ratum non habuit, et propter hoc restitutus est; quomodo ferendus videatur, iterum iudicium amplectens, quod post patris voluntatem contraria affectione aspernendum esse existimavit.* Man sehe VOET ad Pand. h. t. §. 27. und DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 45.

18) *L. 33. D. h. t.*

19) *L. 7. §. 3. D. eod.*

20) *L. 3. Cod. in quib. caus. restitut. in integr. necessaria non est.* Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Band. 94.

21) *L. 37. pr. D. h. t.*

c) Wenn er unterlassen hat, die Ermordung seines verstorbenen Erblassers gerichtlich zu ahnden [22]). Denn einem minderjährigen Erben schadet das crimen inultae mortis nichts [23]).

d) Wenn seiner Forderung noch keine praescriptio longissimi temporis, oder wenigstens keine temporelle Conventionalverjährung entgegen stehet. Denn gegen den Lauf einer praescriptionis legalis longi temporis ist er schon ipso iure gesichert [24]). Allein eine Conventionalpräscription,

22) *L. 1. Cod. in quib. caus. restitut. in integr. nec. non est.*

23) *L. 6. Cod. de his, quibus ut indignis.*

24) *L. 3. C. quibus non obiicitur longi temp. praescr. L. fin. Cod. in quib. caus. restit. in integr. nec. non est. L. 3. C. de praescr. XXX. vel XL. annor.* Hierdurch ist also die *L. un. C. Si adv. usucap.* nach welcher der Minderjährige auch gegen den Ablauf der Usucapion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen muß, um so mehr aufgehoben, als nach der *L. un. C. de transform. usucap.* die Usucapion mit der longi temporis praescriptione einerley Recht hat. VOET h. t. §. 29. Die Präscriptionen gerichtlicher Nothfristen im Proceß gehören jedoch hierher nicht. Diese laufen auch den Minderjährigen, *L. 7. §. 11. D. h. t. L. 13. §. ult. Cod. de Iudic. L. 1. C. Si saepius in integr. restit.* und hierin ist durch die *L. fin. C. in quib. caus.* nichts geändert, wie *I. H.* BOEHMER in Diss. de cursu praescriptionis contra minores suspenso (*Halae 1729.*) §. 24. gezeigt hat. Gegen diese muß also der Minderjährige die Restitution suchen. Verschiedene Rechtsgelehrten wollen indessen den Minderjährigen auch gegen die dreyßigjährige Präscription die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestatten; z. B. VOET c. l. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 824. Allein man sehe GIPHANIUS Explanat. ad L. ult. Cod. in quib. caus. in integr. restitut. nec. non est.

tion, d. i. eine solche Einrede, welche demjenigen entgegen gesetzt werden kann, der sein Recht binnen der durch Vertrag bestimmten Zeit nicht ausgeübt hat, steht dem Minderjährigen allerdings entgegen. Z. B. wenn sich derselbe bey dem Verkauf eines Grundstücks den Wiederkauf binnen einer gewissen Zeit vorbehalten, oder einen Kauf sub lege commissoria geschlossen hat. Hat in diesen Fällen der Minderjährige die Zeit versäumt, so muß er dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen [25]). Endlich

e) wenn das Geschäft, in Ansehung dessen der Minderjährige eine Verbindlichkeit übernommen hat, zu seinem Besten geschlossen worden, und für ihn wirklich vortheilhaft ist [26]).

2) Die Läsion muß durch das Geschäft selbst entstanden seyn, wider welches der Minderjährige die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sucht. Wenn daher das Geschäft mit aller Vorsicht geschlossen worden ist, und der Minderjährige durch bloßen Zufall Schaden bey der Sache leidet; z. B. der Minderjährige kauft zu seiner Bedürfniß ein Pferd, und dieses fällt ihm darauf durch bloßen Zufall; so findet seine Wiederherstellung Statt, denn sein Verlust liegt nicht in dem geschlossenen Geschäft [27]). Hätte er hingegen den Zufall bey grösserer Ueberlegung und Vorsicht verhüten können, der Zufall ist also ein casus mixtus; so kann ihm

p. 105. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. 2. Th. 23. in fin. und DOMPIRRE h. t. §. 65.

25). *L.* 38. *D. h. t.* VOET h. t. §. 30. und DOMPIERRE h. t. §. 66.

26) LEYSER Specim. LX. med. 10.

27) *L. 11. §. 4. D. h. t.*

ihm die Restitution nicht versagt werden. Z. B. es tritt ein Minderjähriger eine Erbschaft an, die Anfangs ganz vortheilhaft zu seyn schien. Allein sie enthielt viel Sachen, die der Sterblichkeit unterworffen waren. Hätte sie der Minderjährige in Zeiten verkauft, wozu es ihm nicht an Gelegenheit fehlte, so hätte er den Schaden, den er durch eintretende Sterbfälle nachher erlitten hat, leicht verhüten können. Es fanden sich überdem verborgene Schulden, die man aber doch hätte vermuthen können. Kurz die Erbschaft leidet eine beträchtliche Verminderung. Hier kann er restituirt werden [28]). Endlich

3) muß auch die Verletzung offenbar und nicht unerheblich seyn [29]). Der Richter muß dies aus den Umständen beurtheilen, und nach der Billigkeit erwägen [30]). Denn wollte man die Minderjährigen um jeder unerheblichen Ursache willen in integrum restituiren, so würde man ihnen, wie Paulus [31]) sagt, mehr Schaden als Vortheil schaffen, weil es Niemand leicht wagen würde, sich mit solchen Personen in einen Handel einzulassen.

§. 461.

Gegen wen kommt den Minderjährigen die Restitution zu?

Die Restitution sucht der verletzte Minderjährige

28) *L. 11. §. 5. D. h. t.* Hierher gehört auch der Fall, wenn ein Minderjähriger etwas auf das Loos hat ankommen lassen, und dadurch in Schaden gekommen ist. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4.

29) *Io.* PARLADORIUS Rer. Quotidian. Lib. II. cap. fin. §. 13. n. 18. u. STRUV Syntagm. iur. civ. exerc. VIII. Th. 44.

30) MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. β.

31) *L. 24. §. 1. D. eodem.*

1) gegen den, mit welchem er das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, so wie auch gegen dessen Erben [32]). Ja sie wird ihm sogar gegen solche Personen ertheilt, wider welche ein anderer Gläubiger mit seiner Klage nichts ausrichten kann; z B gegen einen filiumfamilias, dem er ein Darlehn gegeben, oder gegen eine Frauensperson, die sich für den Schuldner des Minderjährigen verbürgt hat, insofern er nämlich von diesem seine Bezahlung nicht erhält [33]). Magis enim aetatis ratio, sagt **Ulpian** [34]), quam Senatusconsulti habenda est. Auch gegen den Fiscus wird der Minderjährige restituirt [35]), es muß nur der Fiscus die Sache des Minderjährigen nicht etwa wegen einer Schuldforderung, die er an diesen hatte, verkauft haben, obgleich auch in diesem Falle dem Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand alsdann nicht versagt werden kann, wenn desselben Sache durch Collusion und Betrug des Fiskalischen Sachwalters um einen zu geringen Preiß verkauft worden ist [36]). Hat der Minderjährige den nachtheiligen Handel mit einem andern Minderjährigen geschlossen; so kommt es nach Ulpians [37]) Entscheidung zuförderst darauf an, wer von beyden verletzt ist. Ist einer von

bey-

32) *L. 6. et 7. Cod. de in integr. restit. minor.*

33) *L. 11. §. 7. et L. 12. D. h. t.*

34) *L. 11. §. 7. D. eod.*

35) *L. 1. C. Si adv. fiscum.*

36) *L. fin. Cod. eod.* LAUTERBACH Collg. th. pr. Pand. h. t. §. 26.

37) *L. 11. §. 6. D. h. t. L. 34. D. eodem.* S. *Io. Siegfr.* WIENTZEK Commentat. de vero sensu L. 11. §. 6. et 7. D. de minorib. *Uratislaviae 1778.*

beyden durch den Handel reicher geworden, so kann derjenige, welcher den Schaden erlitten hat, Wiederherstellung erhalten. Sollten aber beyde verletzt seyn, und beyde sich auf ihre Rechtswohlthat berufen, z. B. ein Minderjähriger hat von dem andern Geld aufgenommen, und solches verlohren, so kann nur derjenige, der das Geld empfangen hat, allein die Restitution erhalten, um von der Zurückzahlung befreyet zu werden, nicht der Anleiher, weil hier eine Collision gleicher Rechte eintritt, in welcher das besondere Recht des Beklagten dem Recht des Klägers vorgeht [38]).

2) Gegen leibliche Eltern wird jedoch die Restitution den Minderjährigen nicht ertheilt, weil es gegen die Ehrerbietung, welche Kinder ihren Eltern schuldig sind, streiten würde, zu behaupten, daß sie von ihren Eltern verletzt oder vervortheilt worden wären [39]). Dahingegen findet gegen Adoptiv-Eltern, ferner gegen Stiefeltern, so wie auch gegen eine leibliche Mutter, als gewesene Vormünderin, wenn sie durch ihre Wiederverheyrathung die Kinder in Schaden

38) Man sehe den 2. Th. dieses Commentars §. 105. S. 28. und *Alb. Phil.* FRICK Disp. de exceptione curatoris nondum excussi restitutionem in integrum a minoribus adultis petitam haud remorante (*Helmstadii 1796.*) §. 14. Einen besondern Fall von zwey Minderjährigen, von denen jeder ein Loos in der Lotterie genommen, und einer dem andern versprochen hatte, daß er dasjenige, was er mit seinem Looße gewinnen würde, mit dem andern theilen wolle, hat BAUER in Respons. iuris Resp. XCI.

39) *L. 2. C. Qui et adv. quos. Tob. Iac.* REINHARTH select. Observation. ad *Christinaei* Decisiones Vol. II. Obs. 20. pag. 34. sq.

1) gegen den, mit welchem er das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, so wie auch gegen dessen Erben [32]). Ja sie wird ihm sogar gegen solche Personen ertheilt, wider welche ein anderer Gläubiger mit seiner Klage nichts ausrichten kann; z B gegen einen filiumfamilias, dem er ein Darlehn gegeben, oder gegen eine Frauensperson, die sich für den Schuldner des Minderjährigen verbürgt hat, insofern er nämlich von diesem seine Bezahlung nicht erhält [33]). Magis enim aetatis ratio, sagt **Ulpian** [34]), quam Senatusconsulti habenda est. Auch gegen den Fiscus wird der Minderjährige restituirt [35]), es muß nur der Fiscus die Sache des Minderjährigen nicht etwa wegen einer Schuldforderung, die er an diesen hatte, verkauft haben, obgleich auch in diesem Falle dem Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand alsdann nicht versagt werden kann, wenn desselben Sache durch Collusion und Betrug des Fiskalischen Sachwalters um einen zu geringen Preiß verkauft worden ist [36]). Hat der Minderjährige den nachtheiligen Handel mit einem andern Minderjährigen geschlossen; so kommt es nach Ulpians [37]) Entscheidung zuförderst darauf an, wer von beyden verletzt ist. Ist einer von beyden

32) *L. 6. et 7. Cod. de in integr. restit. minor.*

33) *L. 11. §. 7. et L. 12. D. h. t.*

34) *L. 11. §. 7. D. eod.*

35) *L. 1. C. Si adv. fiscum.*

36) *L. fin. Cod. eod.* LAUTERBACH Collg. th. pr. Pand. h. t. §. 26.

37) *L. 11. §. 6. D. h. t. L. 34. D. eodem.* S. *Io. Siegfr.* WIENTZEK Commentat. de vero sensu L. 11. §. 6. et 7. D. de minorib. *Uratislaviae 1778.*

beyden durch den Handel reicher geworden, so kann derjenige, welcher den Schaden erlitten hat, Wiederherstellung erhalten. Sollten aber beyde verletzt seyn, und beyde sich auf ihre Rechtswohlthat berufen, z. B. ein Minderjähriger hat von dem andern Geld aufgenommen, und solches verlohren, so kann nur derjenige, der das Geld empfangen hat, allein die Restitution erhalten, um von der Zurückzahlung befreyet zu werden, nicht der Anleiher, weil hier eine Collision gleicher Rechte eintritt, in welcher das besondere Recht des Beklagten dem Recht des Klägers vorgeht [38]).

2) Gegen leibliche Eltern wird jedoch die Restitution den Minderjährigen nicht ertheilt, weil es gegen die Ehrerbietung, welche Kinder ihren Eltern schuldig sind, streiten würde, zu behaupten, daß sie von ihren Eltern verletzt oder vervortheilt worden wären [39]). Dahingegen findet gegen Adoptiv-Eltern, ferner gegen Stiefeltern, so wie auch gegen eine leibliche Mutter, als gewesene Vormünderin, wenn sie durch ihre Wiederverheyrathung die Kinder in Schaden

38) Man sehe den 2. Th. dieses Commentars §. 105. S. 28. und *Alb. Phil.* FRICK Disp. de exceptione curatoris nondum excussi restitutionem in integrum a minoribus adultis petitam haud remorante (*Helmstadii 1796.*) §. 14. Einen besondern Fall von zwey Minderjährigen, von denen jeder ein Loos in der Lotterie genommen, und einer dem andern versprochen hatte, daß er dasjenige, was er mit seinem Looße gewinnen würde, mit dem andern theilen wolle, hat BAUER in Respons. iuris Resp. XCI.

39) *L. 2. C. Qui et adv. quos. Tob. Iac.* REINHARTH select. Observation. ad *Christinaei* Decisiones Vol. II. Obs. 20. pag. 34. sq.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichen ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Sechsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1800.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Fortsetzung
des vierten Titels
De Minoribus XXV. annis.

§. 460.

Die Restitution der Minderjährigen setzt eine erlittene Läsion voraus.

Minderjährige können jedoch nur gegen solche Geschäfte die Restitution suchen, durch die sie eine wirkliche und auch nicht ganz unerhebliche Verletzung erlitten haben [1]). Sie wird ihnen daher ertheilet,

I) wenn sie ein Recht verloren, das sie hatten, oder sonst eine wirkliche Verminderung ihres Vermögens erlitten haben, und zwar nicht nur

a) in aussergerichtlichen Geschäften, z. B. durch Vergleich [2]), Theilung gemeinschaftlicher Sachen [3]), Kauf, oder Verkauf [4]), letzter sey von ihnen selbst [5]), oder von ihren Pfandgläubigern zu ihrem Nachtheil geschehen [6]); Erlassung

1) *L. 44. D. h. t. L. 9. pr. L. 49. D. eodem.*

2) *L. 1. et 2. C. Si adv. transact.* DOMPIERRE h. t. §. 59.

3) *L. 1. Cod. cit.* VOET ad Pand. h. t. §. 20.

4) *L. 7. §. 1. D. h. t.*

5) *L. 1. et 2. C. Si adv. vendit.*

6) *L. 7. §. 1. D. de distract. pign. L. 1. et 2. C. de praed. et aliis reb. minor. L. 1. Cod. Si adv. vendit.* DOMPIERRE h. t. §. 32.

sung einer Schuld [7]), Aufnahme eines Darlehns [8]), Annehmung einer Zahlung [9]), Novation, wodurch sie einen unsichern Schuldner statt eines sichern angenommen [10]), u. d. sondern auch

b) in gerichtlichen Geschäften, z. B. durch Verabsäumung einer Nothfrist, Vernachläßigung der Beweißmittel, oder zuständiger Exceptionen, unterlassene Einwendung der ihnen gegen ein gravirliches Urteil zukommenden Rechtsmittel, u. d. m. [11]).

II) Wenn

7) *L.* 27. §. 2. *D. h. t.*

8) *L.* 27. §. 1. *D. h. t.* Hat der Minderjährige das erborgte Geld unsicher ausgelehnt, so muß er seinem Gläubiger das Recht an seinen Schuldner abtreten. Hat er für das Geld ein Grundstück, aber viel zu theuer, gekauft, so kann er verlangen, daß der Verkäufer dasselbe zurücknehme, und ihm sein Geld wieder herausgebe, damit der Gläubiger davon bezahlt werde. Hat hingegen der Minderjährige das Geld verschwendet, dann verliert der Gläubiger sein Forderungsrecht ganz.

9) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* Daß die Zahlung dem Vormund, oder mit dessen Einwilligung dem Minderjährigen geleistet worden ist, sichert den Schuldner nicht, wenn der Minderjährige um das Geld kommt. *L.* 1. *Cod. Si adv. solution.* S. *Ios. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 9. (in *Thes. Meermannian.* T. VI. pag. 47.) Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 26. Nur gegen eine unter gerichtlichem Ansehen geschehene Zahlung findet keine Restitution Statt. §. *ult. I. Quib. alienare licet.* L. 25. *Cod. de admin. tutor. et curator.* VOET ad Pand. h. t. §. 22. und Ge. Jac. Fried. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. Bd. Bemerk. 18.

10) *L.* 27. §. 3. *D. h. t.*

11) *L.* 7. §. 11. *L.* 36. *D. h. t. Tot. Tit. Cod. Si adv. rem iudicat.*

II) Wenn sie einen Vortheil, den sie aus einem gegründeten Recht hätten erlangen können, aus den Händen gelassen haben [12]). Z. B. ein Minderjähriger hat aus Uebereilung ein Vermächtniß nicht angenommen, oder bey einer legirten Option das Schlechtere statt des Bessern gewählt [13]). oder eine Erbschaft ausgeschlagen; nur müssen freylich in diesem letztern Falle die Intestaterben nicht etwa schon die Erbschaft veräussert haben, sondern es muß noch res integra seyn [14]). Wäre indessen der Minderjährige ein suus heres, und er hätte von der väterlichen Erbschaft aus Leichtsinn abstinirt, so kann er noch die Restitution erhalten, wenn auch die Erbgüter schon verkauft wären [15]). Endlich

III) wenn sie eine Beschwerde oder Verbindlichkeit übernommen haben, die sie hätten ablehnen können [16]). Dahin gehört, wenn ein Minderjähriger eine nachtheilige Erbschaft angetreten [17]), oder ein beschwerliches Legat angenom-

12) *L. 7. §. 6. et 8. D. h. t.*

13) *L. 7. §. 7. D. eod.*

14) *L. 24. §. 2. D. eodem.*

15) *L. ult. in fin. Cod. de repudianda vel abstin. heredit.* VOET h. t. §. 24. und LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XXIX. Tit. 2. §. 40. in fin.

16) *L. 6. D. h. t.*

17) *L. 7. §. 5. et 9. D. h. t.* Nach diesem Gesetz kann sogar der Minderjährige gegen die Antretung einer Erbschaft auch dann die Restitution erhalten, wenn er gleich schon vorhin einmal selbige repudiirt, und dagegen die Wiederherstellung erhalten hatte. Allein nach der *L. fin. §. 6. Cod. de bonis, quae liber.* geht das nicht mehr so schlechthin an, *ne ludibrio leges ei fiant, saepius eandem et amplecti et respuere hereditatem cupienti*, wie Justinian sagt. Man will jedoch dieses

men [18]), oder für einen Andern Bürgschaft geleistet hat [19]), u. d. m.

Es muß nur aber immer

1) eine wirkliche Läsion vorhanden seyn. Die Restitution fällt daher weg

a) wenn der Minderjährige unterlassen hat, seinen Schuldner durch Interpellation in moram zu versetzen. Denn bey den Schuldnern der Minderjährigen tritt der Verzug mit seinen Wirkungen ipso iure ein. Es müssen daher dem minderjährigen Gläubiger die Verzugszinsen bezahlt werden, wenn auch keine Interpellation geschehen ist [20]).

b) Wenn er versäumt hat, eine Klage, die blos auf Rache abzweckt, anzustellen. Er wird daher gegen eine unterlassene Injurien-Klage nicht restituirt [21]).

c) Wenn

Gesetz blos von dem Falle verstehen, da der Vater die Erbschaft für seinen unmündigen filiumfamilias angetreten oder repudiirt hatte, und dieser nachher gegen die Handlung seines Vaters restituirt worden ist. Denn Justinian sagt gleich nachher: *Si enim, quod pater fecit, filius ratum non habuit, et propter hoc restitutus est; quomodo ferendus videatur, iterum iudicium amplectens, quod post patris voluntatem contraria affectione aspernendum esse existimavit.* Man sehe VOET ad Pand. h. t. §. 27. und DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 45.

18) *L. 33. D. h. t.*

19) *L. 7. §. 3. D. eod.*

20) *L. 3. Cod. in quib. caus. restitut. in integr. necessaria non est.* Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Band. 94.

21) *L. 37. pr. D. h. t.*

c) Wenn er unterlassen hat, die Ermordung seines verstorbenen Erblassers gerichtlich zu ahnden [22]). Denn einem minderjährigen Erben schadet das crimen inultae mortis nichts [23]).

d) Wenn seiner Forderung noch keine praescriptio longissimi temporis, oder wenigstens keine temporelle Conventionalverjährung entgegen stehet. Denn gegen den Lauf einer praescriptionis legalis longi temporis ist er schon ipso iure gesichert [24]). Allein eine Conventionalpräscription,

22) *L. 1. Cod. in quib. caus. restitut. in integr. nec. non est.*

23) *L. 6. Cod. de his, quibus ut indignis.*

24) *L. 3. C. quibus non obiicitur longi temp. praescr. L. fin. Cod. in quib. caus. restit. in integr. nec. non est. L. 3. C. de praescr. XXX. vel XL. annor.* Hierdurch ist also die *L. un. C. Si adv. usucap.* nach welcher der Minderjährige auch gegen den Ablauf der Usucapion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen muß, um so mehr aufgehoben, als nach der *L. un. C. de transform. usucap.* die Usucapion mit der longi temporis praescriptione einerley Recht hat. VOET h. t. §. 29. Die Präscriptionen gerichtlicher Nothfristen im Proceß gehören jedoch hierher nicht. Diese laufen auch den Minderjährigen, *L. 7. §. 11. D. h. t. L. 13. §. ult. Cod. de Iudic. L. 1. C. Si saepius in integr. restit.* und hierin ist durch die *L. fin. C. in quib. caus.* nichts geändert, wie *I. H.* BOEHMER in Diss. de cursu praescriptionis contra minores suspenso (*Halae 1729.*) §. 24. gezeigt hat. Gegen diese muß also der Minderjährige die Restitution suchen. Verschiedene Rechtsgelehrten wollen indessen den Minderjährigen auch gegen die dreyßigjährige Präscription die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestatten; z. B. VOET c. l. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 824. Allein man sehe GIPHANIUS Explanat. ad L. ult. Cod. in quib. caus. in integr. restitut. nec. non est.

tion, d. i. eine solche Einrede, welche demjenigen entgegen gesetzt werden kann, der sein Recht binnen der durch Vertrag bestimmten Zeit nicht ausgeübt hat, steht dem Minderjährigen allerdings entgegen. Z. B. wenn sich derselbe bey dem Verkauf eines Grundstücks den Wiederkauf binnen einer gewissen Zeit vorbehalten, oder einen Kauf sub lege commissoria geschlossen hat. Hat in diesen Fällen der Minderjährige die Zeit versäumt, so muß er dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen [25]). Endlich

e) wenn das Geschäft, in Ansehung dessen der Minderjährige eine Verbindlichkeit übernommen hat, zu seinem Besten geschlossen worden, und für ihn wirklich vortheilhaft ist [26]).

2) Die Läsion muß durch das Geschäft selbst entstanden seyn, wider welches der Minderjährige die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sucht. Wenn daher das Geschäft mit aller Vorsicht geschlossen worden ist, und der Minderjährige durch bloßen Zufall Schaden bey der Sache leidet; z. B. der Minderjährige kauft zu seiner Bedürfniß ein Pferd, und dieses fällt ihm darauf durch bloßen Zufall; so findet seine Wiederherstellung Statt, denn sein Verlust liegt nicht in dem geschlossenen Geschäft [27]). Hätte er hingegen den Zufall bey grösserer Ueberlegung und Vorsicht verhüten können, der Zufall ist also ein casus mixtus; so kann ihm

p. 105. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. 2. Th. 23. in fin. und DOMPIRRE h. t. §. 65.

25). *L.* 38. *D. h. t.* VOET h. t. §. 30. und DOMPIERRE h. t. §. 66.

26) LEYSER Specim. LX. med. 10.

27) *L.* 11. §. 4. *D. h. t.*

ihm die Restitution nicht versagt werden. Z. B. es tritt ein Minderjähriger eine Erbschaft an, die Anfangs ganz vortheilhaft zu seyn schien. Allein sie enthielt viel Sachen, die der Sterblichkeit unterworffen waren. Hätte sie der Minderjährige in Zeiten verkauft, wozu es ihm nicht an Gelegenheit fehlte, so hätte er den Schaden, den er durch eintretende Sterbfälle nachher erlitten hat, leicht verhüten können. Es fanden sich überdem verborgene Schulden, die man aber doch hätte vermuthen können. Kurz die Erbschaft leidet eine beträchtliche Verminderung. Hier kann er restituirt werden [28]). Endlich

3) muß auch die Verletzung offenbar und nicht unerheblich seyn [29]). Der Richter muß dies aus den Umständen beurtheilen, und nach der Billigkeit erwägen [30]). Denn wollte man die Minderjährigen um jeder unerheblichen Ursache willen in integrum restituiren, so würde man ihnen, wie Paulus [31]) sagt, mehr Schaden als Vortheil schaffen, weil es Niemand leicht wagen würde, sich mit solchen Personen in einen Handel einzulassen.

§. 461.

Gegen wen kommt den Minderjährigen die Restitution zu?

Die Restitution sucht der verletzte Minderjährige

28) *L. 11. §. 5. D. h. t.* Hierher gehört auch der Fall, wenn ein Minderjähriger etwas auf das Loos hat ankommen lassen, und dadurch in Schaden gekommen ist. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4.

29) *Io.* PARLADORIUS Rer. Quotidian. Lib. II. cap. fin. §. 13. n. 18. u. STRUV Syntagm. iur. civ. exerc. VIII. Th. 44.

30) MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. β.

31) *L. 24. §. 1. D. eodem.*

1) gegen den, mit welchem er das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, so wie auch gegen dessen Erben [32]). Ja sie wird ihm sogar gegen solche Personen ertheilt, wider welche ein anderer Gläubiger mit seiner Klage nichts ausrichten kann; z B gegen einen filiumfamilias, dem er ein Darlehn gegeben, oder gegen eine Frauensperson, die sich für den Schuldner des Minderjährigen verbürgt hat, insofern er nämlich von diesem seine Bezahlung nicht erhält [33]). Magis enim aetatis ratio, sagt Ulpian [34]), quam Senatusconsulti habenda est. Auch gegen den Fiscus wird der Minderjährige restituirt [35]), es muß nur der Fiscus die Sache des Minderjährigen nicht etwa wegen einer Schuldforderung, die er an diesen hatte, verkauft haben, obgleich auch in diesem Falle dem Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand alsdann nicht versagt werden kann, wenn desselben Sache durch Collusion und Betrug des Fiskalischen Sachwalters um einen zu geringen Preiß verkauft worden ist [36]). Hat der Minderjährige den nachtheiligen Handel mit einem andern Minderjährigen geschlossen; so kommt es nach Ulpians [37]) Entscheidung zuförderst darauf an, wer von beyden verletzt ist. Ist einer von

bey-

32) *L. 6. et 7. Cod. de in integr. restit. minor.*

33) *L. 11. §. 7. et L. 12. D. h. t.*

34) *L. 11. §. 7. D. eod.*

35) *L. 1. C. Si adv. fiscum.*

36) *L. fin. Cod. eod.* LAUTERBACH Collg. th. pr. Pand. h. t. §. 26.

37) *L. 11. §. 6. D. h. t. L. 34. D. eodem.* S. *Io. Siegfr.* WIENTZEK Commentat. de vero sensu L. 11. §. 6. et 7. D. de minorib. *Uratislaviae 1778.*

beyden durch den Handel reicher geworden, so kann derjenige, welcher den Schaden erlitten hat, Wiederherstellung erhalten. Sollten aber beyde verletzt seyn, und beyde sich auf ihre Rechtswohlthat berufen, z. B. ein Minderjähriger hat von dem andern Geld aufgenommen, und solches verlohren, so kann nur derjenige, der das Geld empfangen hat, allein die Restitution erhalten, um von der Zurückzahlung befreyet zu werden, nicht der Anleiher, weil hier eine Collision gleicher Rechte eintritt, in welcher das besondere Recht des Beklagten dem Recht des Klägers vorgeht [38]).

2) Gegen leibliche Eltern wird jedoch die Restitution den Minderjährigen nicht ertheilt, weil es gegen die Ehrerbietung, welche Kinder ihren Eltern schuldig sind, streiten würde, zu behaupten, daß sie von ihren Eltern verletzt oder vervortheilt worden wären [39]). Dahingegen findet gegen Adoptiv-Eltern, ferner gegen Stiefeltern, so wie auch gegen eine leibliche Mutter, als gewesene Vormünderin, wenn sie durch ihre Wiederverheyrathung die Kinder in Schaden

38) Man sehe den 2. Th. dieses Commentars §. 105. S. 28. und *Alb. Phil.* FRICK Disp. de exceptione curatoris nondum excussi restitutionem in integrum a minoribus adultis petitam haud remorante (*Helmstadii 1796.*) §. 14. Einen besondern Fall von zwey Minderjährigen, von denen jeder ein Loos in der Lotterie genommen, und einer dem andern versprochen hatte, daß er dasjenige, was er mit seinem Looße gewinnen würde, mit dem andern theilen wolle, hat BAUER in Respons. iuris Resp. XCI.

39) *L.* 2. *C. Qui et adv. quos. Tob. Iac.* REINHARTH select. Observation. ad *Christinaei* Decisiones Vol. II. Obs. 20. pag. 34. sq.

gebracht hat, die Restitution Statt [40]). Es hat auch keinen Zweifel, daß Minderjährige gegen diejenigen Handlungen und Geschäfte der Eltern restituirt werden können, die diese mit andern zum Nachtheil der Kinder geschlossen haben. Z. B. wenn der Vater Sachen, die zu dem eigenen Vermögen der Kinder gehören, während der väterlichen Gewalt zu ihrem Schaden veräussert hat.

3) Zuweilen kann der Minderjährige auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Rücksicht welcher er verletzt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich mit ihm nicht contrahirt hat. Dies hat in folgenden Fällen Statt.

a) Wenn der Besitzer in mala fide ist, das heißt, wenn er wohl gewußt hat, daß sein Verkäufer, von dem er die Sache erhielt, mit dem Minderjährigen bey dem Handel nicht redlich umgegangen sey, sondern denselben sehr vervortheilt habe [41]).

b) Wenn der Dritte zwar ein redlicher Besitzer ist, derjenige aber, mit welchem der Minderjährige das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, und von dem der Dritte die Sache erhielt, nicht im Stande ist, den Minderjährigen zu entschädigen [42]). Könnte also der Minderjährige den Scha-

dens.

40) *Nov. CLV. cap.* 1. Man vergleiche den 5. Th. dieses Commentars §. 443.* S. 465.

41) *L. 13. §. 1. D. h. t.*

42) L. 13. §. 1. *D. cit.* — POMPONIUS quoque scribit, LABEONEM existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: si quidem emtor sequens scit, rem ita gestam, restitutionem adversus eum faci-

denserſatz von dem erhalten, mit welchem er contrahirt hat, ſo kommt ihm gegen den dritten redlichen Beſitzer ſeiner Sache keine Reſtitution zu [43]).

c) Wenn der Minderjährige ein erweißliches Intereſſe dabey hat, die Sache ſelbſt in Natur wieder zu erhalten [44]). Z. B. bey einem Kaufhandel ſub pacto addictionis in diem wird ein Minderjähriger von einem neuen Käufer überboten, und weil er nicht eben ſoviel nachzahlen will, muß er das gekaufte Grundſtück wieder zurückgeben. Hier kann der Minderjährige gegen den dritten Beſitzer die Reſtitution ſuchen, wenn er ſein Intereſſe, das Grundſtück ſelbſt wieder zu erhalten, darthun kann; z. B. er kann beweiſen, das erkaufte Grundſtück komme von ſeinen Eltern oder Großeltern her. Er muß nur aber freylich die Summe des höhern Gebots erlegen [45]). Endlich

d) wenn

faciendam: ſi ignoravit, et prior emtor ſolvendo eſſet, non eſſe faciendam; *ſin vero non eſſet ſolvendo, aequius eſſe minori ſuccurri etiam adverſus ignorantem, quamvis bona fide emtor eſt.*

43) *L. 14. D. eodem.* Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit: nihil novi conſtituendum eſt in eum, qui rem bona ſide emerit: idque et POMPONIUS ſcribit. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. VII. Err. 2.

44) *L. 9. pr. D. h. t.* L. 39. §. 1. *D. eod.* L. 39. *D. de eviction.* FABER cit. loc. Err. 1. In dieſem Falle iſt kein Unterſchied, ob derjenige, wider welchen die Reſtitution geſucht wird, der dritte oder zehnte Beſitzer iſt. Per plures quoque perſonas ſi emtio ambulaverit, ſagt L. 15. *D. h. t.* idem iuris erit. Man ſehe auch VOET h. t. §. 35.

45) *L.* 35. *D. h. t.* Cujaz will dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle verſtehen, wo der Minderjährige ſich bey einem öffent-

gebracht hat, die Restitution Statt [40]). Es hat auch keinen Zweifel, daß Minderjährige gegen diejenigen Handlungen und Geschäfte der Eltern restituirt werden können, die diese mit andern zum Nachtheil der Kinder geschlossen haben. Z. B. wenn der Vater Sachen, die zu dem eigenen Vermögen der Kinder gehören, während der väterlichen Gewalt zu ihrem Schaden veräussert hat.

3) Zuweilen kann der Minderjährige auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Rücksicht welcher er verletzt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich mit ihm nicht contrahirt hat. Dies hat in folgenden Fällen Statt.

a) Wenn der Besitzer in mala fide ist, das heißt, wenn er wohl gewußt hat, daß sein Verkäufer, von dem er die Sache erhielt, mit dem Minderjährigen bey dem Handel nicht redlich umgegangen sey, sondern denselben sehr vervortheilt habe [41]).

b) Wenn der Dritte zwar ein redlicher Besitzer ist, derjenige aber, mit welchem der Minderjährige das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, und von dem der Dritte die Sache erhielt, nicht im Stande ist, den Minderjährigen zu entschädigen [42]). Könnte also der Minderjährige den Scha-

dens.

40) *Nov. CLV. cap.* 1. Man vergleiche den 5. Th. dieses Commentars §. 443.* S. 465.

41) *L. 13. §. 1. D. h. t.*

42) L. 13. §. 1. *D. cit.* — POMPONIUS quoque scribit, LABEONEM existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: si quidem emtor sequens scit, rem ita gestam, restitutionem adversus eum faci-

denserſatz von dem erhalten, mit welchem er contrahirt hat, ſo kommt ihm gegen den dritten redlichen Beſitzer ſeiner Sache keine Reſtitution zu [43]).

c) Wenn der Minderjährige ein erweißliches Intereſſe dabey hat, die Sache ſelbſt in Natur wieder zu erhalten [44]). Z. B. bey einem Kaufhandel ſub pacto addictionis in diem wird ein Minderjähriger von einem neuen Käufer überboten, und weil er nicht eben ſoviel nachzahlen will, muß er das gekaufte Grundſtück wieder zurückgeben. Hier kann der Minderjährige gegen den dritten Beſitzer die Reſtitution ſuchen, wenn er ſein Intereſſe, das Grundſtück ſelbſt wieder zu erhalten, darthun kann; z. B. er kann beweiſen, das erkaufte Grundſtück komme von ſeinen Eltern oder Großeltern her. Er muß nur aber freylich die Summe des höhern Gebots erlegen [45]). Endlich

d) wenn

faciendam: ſi ignoravit, et prior emtor ſolvendo eſſet, non eſſe faciendam; *ſin vero non eſſet ſolvendo, aequius eſſe minori ſuccurri etiam adverſus ignorantem, quamvis bona fide emtor eſt.*

43) *L. 14. D. eodem.* Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit: nihil novi conſtituendum eſt in eum, qui rem bona ſide emerit: idque et POMPONIUS ſcribit. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. VII. Err. 2.

44) *L. 9. pr. D. h. t.* L. 39. §. 1. *D. eod.* L. 39. *D. de eviction.* FABER cit. loc. Err. 1. In dieſem Falle iſt kein Unterſchied, ob derjenige, wider welchen die Reſtitution geſucht wird, der dritte oder zehnte Beſitzer iſt. Per plures quoque perſonas ſi emtio ambulaverit, ſagt L. 15. *D. h. t.* idem iuris erit. Man ſehe auch VOET h. t. §. 35.

45) L. 35. *D. h. t.* Cujaz will dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle verſtehen, wo der Minderjährige ſich bey einem öffent-

gebracht hat, die Restitution Statt [40]). Es hat auch keinen Zweifel, daß Minderjährige gegen diejenigen Handlungen und Geschäfte der Eltern restituirt werden können, die diese mit andern zum Nachtheil der Kinder geschlossen haben. Z. B. wenn der Vater Sachen, die zu dem eigenen Vermögen der Kinder gehören, während der väterlichen Gewalt zu ihrem Schaden veräussert hat.

3) Zuweilen kann der Minderjährige auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Rücksicht welcher er verletzt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich mit ihm nicht contrahirt hat. Dies hat in folgenden Fällen Statt.

a) Wenn der Besitzer in mala fide ist, das heißt, wenn er wohl gewußt hat, daß sein Verkäufer, von dem er die Sache erhielt, mit dem Minderjährigen bey dem Handel nicht redlich umgegangen sey, sondern denselben sehr vervortheilt habe [41]).

b) Wenn der Dritte zwar ein redlicher Besitzer ist, derjenige aber, mit welchem der Minderjährige das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, und von dem der Dritte die Sache erhielt, nicht im Stande ist, den Minderjährigen zu entschädigen [42]). Könnte also der Minderjährige den Scha-

dens.

40) *Nov. CLV. cap.* 1. Man vergleiche den 5. Th. dieses Commentars §. 443.* S. 465.

41) *L. 13. §. 1. D. h. t.*

42) L. 13. §. 1. *D. cit.* — POMPONIUS quoque scribit, LABEONEM existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: si quidem emtor sequens scit, rem ita gestam, restitutionem adversus eum faci-

denserſatz von dem erhalten, mit welchem er contrahirt hat, ſo kommt ihm gegen den dritten redlichen Beſitzer ſeiner Sache keine Reſtitution zu [43]).

c) Wenn der Minderjährige ein erweißliches Intereſſe dabey hat, die Sache ſelbſt in Natur wieder zu erhalten [44]). Z. B. bey einem Kaufhandel ſub pacto addictionis in diem wird ein Minderjähriger von einem neuen Käufer überboten, und weil er nicht eben ſoviel nachzahlen will, muß er das gekaufte Grundſtück wieder zurückgeben. Hier kann der Minderjährige gegen den dritten Beſitzer die Reſtitution ſuchen, wenn er ſein Intereſſe, das Grundſtück ſelbſt wieder zu erhalten, darthun kann; z. B. er kann beweiſen, das erkaufte Grundſtück komme von ſeinen Eltern oder Großeltern her. Er muß nur aber freylich die Summe des höhern Gebots erlegen [45]). Endlich

d) wenn

faciendam: ſi ignoravit, et prior emtor ſolvendo eſſet, non eſſe faciendam; *ſin vero non eſſet ſolvendo, aequius eſſe minori ſuccurri etiam adverſus ignorantem, quamvis bona fide emtor eſt.*

43) *L. 14. D. eodem.* Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit: nihil novi conſtituendum eſt in eum, qui rem bona ſide emerit: idque et POMPONIUS ſcribit. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. VII. Err. 2.

44) *L. 9. pr. D. h. t.* L. 39. §. 1. *D. eod.* L. 39. *D. de eviction.* FABER cit. loc. Err. 1. In dieſem Falle iſt kein Unterſchied, ob derjenige, wider welchen die Reſtitution geſucht wird, der dritte oder zehnte Beſitzer iſt. Per plures quoque perſonas ſi emtio ambulaverit, ſagt L. 15. *D. h. t.* idem iuris erit. Man ſehe auch VOET h. t. §. 35.

45) *L.* 35. *D. h. t.* Cujaz will dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle verſtehen, wo der Minderjährige ſich bey einem öffent-

gebracht hat, die Restitution Statt [40]). Es hat auch keinen Zweifel, daß Minderjährige gegen diejenigen Handlungen und Geschäfte der Eltern restituirt werden können, die diese mit andern zum Nachtheil der Kinder geschlossen haben. Z. B. wenn der Vater Sachen, die zu dem eigenen Vermögen der Kinder gehören, während der väterlichen Gewalt zu ihrem Schaden veräussert hat.

3) Zuweilen kann der Minderjährige auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Rücksicht welcher er verletzt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich mit ihm nicht contrahirt hat. Dies hat in folgenden Fällen Statt.

a) Wenn der Besitzer in mala fide ist, das heißt, wenn er wohl gewußt hat, daß sein Verkäufer, von dem er die Sache erhielt, mit dem Minderjährigen bey dem Handel nicht redlich umgegangen sey, sondern denselben sehr vervortheilt habe [41]).

b) Wenn der Dritte zwar ein redlicher Besitzer ist, derjenige aber, mit welchem der Minderjährige das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, und von dem der Dritte die Sache erhielt, nicht im Stande ist, den Minderjährigen zu entschädigen [42]). Könnte also der Minderjährige den Scha-

dens.

40) *Nov. CLV. cap.* 1. Man vergleiche den 5. Th. dieses Commentars §. 443.* S. 465.

41) *L. 13. §. 1. D. h. t.*

42) L. 13. §. 1. *D. cit.* — POMPONIUS quoque scribit, LABEONEM existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: si quidem emtor sequens scit, rem ita gestam, restitutionem adversus eum faci-

denserſatz von dem erhalten, mit welchem er contrahirt hat, ſo kommt ihm gegen den dritten redlichen Beſitzer ſeiner Sache keine Reſtitution zu [43]).

c) Wenn der Minderjährige ein erweißliches Intereſſe dabey hat, die Sache ſelbſt in Natur wieder zu erhalten [44]). Z. B. bey einem Kaufhandel ſub pacto addictionis in diem wird ein Minderjähriger von einem neuen Käufer überboten, und weil er nicht eben ſoviel nachzahlen will, muß er das gekaufte Grundſtück wieder zurückgeben. Hier kann der Minderjährige gegen den dritten Beſitzer die Reſtitution ſuchen, wenn er ſein Intereſſe, das Grundſtück ſelbſt wieder zu erhalten, darthun kann; z. B. er kann beweiſen, das erkaufte Grundſtück komme von ſeinen Eltern oder Großeltern her. Er muß nur aber freylich die Summe des höhern Gebots erlegen [45]). Endlich

d) wenn

faciendam: ſi ignoravit, et prior emtor ſolvendo eſſet, non eſſe faciendam; *ſin vero non eſſet ſolvendo, aequius eſſe minori ſuccurri etiam adverſus ignorantem, quamvis bona fide emtor eſt.*

43) *L. 14. D. eodem.* Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit: nihil novi conſtituendum eſt in eum, qui rem bona ſide emerit: idque et POMPONIUS ſcribit. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. VII. Err. 2.

44) *L. 9. pr. D. h. t.* L. 39. §. 1. *D. eod.* L. 39. *D. de eviction.* FABER cit. loc. Err. 1. In dieſem Falle iſt kein Unterſchied, ob derjenige, wider welchen die Reſtitution geſucht wird, der dritte oder zehnte Beſitzer iſt. Per plures quoque perſonas ſi emtio ambulaverit, ſagt L. 15. *D. h. t.* idem iuris erit. Man ſehe auch VOET h. t. §. 35.

45) L. 35. *D. h. t.* Cujaz will dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle verſtehen, wo der Minderjährige ſich bey einem öffent-

gebracht hat, die Restitution Statt [40]). Es hat auch keinen Zweifel, daß Minderjährige gegen diejenigen Handlungen und Geschäfte der Eltern restituirt werden können, die diese mit andern zum Nachtheil der Kinder geschlossen haben. Z. B. wenn der Vater Sachen, die zu dem eigenen Vermögen der Kinder gehören, während der väterlichen Gewalt zu ihrem Schaden veräussert hat.

3) Zuweilen kann der Minderjährige auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Rücksicht welcher er verletzt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich mit ihm nicht contrahirt hat. Dies hat in folgenden Fällen Statt.

a) Wenn der Besitzer in mala fide ist, das heißt, wenn er wohl gewußt hat, daß sein Verkäufer, von dem er die Sache erhielt, mit dem Minderjährigen bey dem Handel nicht redlich umgegangen sey, sondern denselben sehr vervortheilt habe [41]).

b) Wenn der Dritte zwar ein redlicher Besitzer ist, derjenige aber, mit welchem der Minderjährige das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, und von dem der Dritte die Sache erhielt, nicht im Stande ist, den Minderjährigen zu entschädigen [42]). Könnte also der Minderjährige den Scha-

dens.

40) *Nov. CLV. cap.* 1. Man vergleiche den 5. Th. dieses Commentars §. 443.* S. 465.

41) *L. 13. §. 1. D. h. t.*

42) L. 13. §. 1. *D. cit.* — POMPONIUS quoque scribit, LABEONEM existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: si quidem emtor sequens scit, rem ita gestam, restitutionem adversus eum faci-

denserſatz von dem erhalten, mit welchem er contrahirt hat, ſo kommt ihm gegen den dritten redlichen Beſitzer ſeiner Sache keine Reſtitution zu [43]).

c) Wenn der Minderjährige ein erweißliches Intereſſe dabey hat, die Sache ſelbſt in Natur wieder zu erhalten [44]). Z. B. bey einem Kaufhandel ſub pacto addictionis in diem wird ein Minderjähriger von einem neuen Käufer überboten, und weil er nicht eben ſoviel nachzahlen will, muß er das gekaufte Grundſtück wieder zurückgeben. Hier kann der Minderjährige gegen den dritten Beſitzer die Reſtitution ſuchen, wenn er ſein Intereſſe, das Grundſtück ſelbſt wieder zu erhalten, darthun kann; z. B. er kann beweiſen, das erkaufte Grundſtück komme von ſeinen Eltern oder Großeltern her. Er muß nur aber freylich die Summe des höhern Gebots erlegen [45]). Endlich

d) wenn

faciendam: ſi ignoravit, et prior emtor ſolvendo eſſet, non eſſe faciendam; *ſin vero non eſſet ſolvendo, aequius eſſe minori ſuccurri etiam adverſus ignorantem, quamvis bona fide emtor eſt.*

43) *L. 14. D. eodem.* Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit: nihil novi conſtituendum eſt in eum, qui rem bona ſide emerit: idque et POMPONIUS ſcribit. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. VII. Err. 2.

44) *L. 9. pr. D. h. t.* L. 39. §. 1. *D. eod.* L. 39. *D. de eviction.* FABER cit. loc. Err. 1. In dieſem Falle iſt kein Unterſchied, ob derjenige, wider welchen die Reſtitution geſucht wird, der dritte oder zehnte Beſitzer iſt. Per plures quoque perſonas ſi emtio ambulaverit, ſagt L. 15. *D. h. t.* idem iuris erit. Man ſehe auch VOET h. t. §. 35.

45) L. 35. *D. h. t.* Cujaz will dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle verſtehen, wo der Minderjährige ſich bey einem öffent-

gebracht hat, die Restitution Statt [40]). Es hat auch keinen Zweifel, daß Minderjährige gegen diejenigen Handlungen und Geschäfte der Eltern restituirt werden können, die diese mit andern zum Nachtheil der Kinder geschlossen haben. Z. B. wenn der Vater Sachen, die zu dem eigenen Vermögen der Kinder gehören, während der väterlichen Gewalt zu ihrem Schaden veräussert hat.

3) Zuweilen kann der Minderjährige auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Rücksicht welcher er verletzt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich mit ihm nicht contrahirt hat. Dies hat in folgenden Fällen Statt.

a) Wenn der Besitzer in mala fide ist, das heißt, wenn er wohl gewußt hat, daß sein Verkäufer, von dem er die Sache erhielt, mit dem Minderjährigen bey dem Handel nicht redlich umgegangen sey, sondern denselben sehr vervortheilt habe [41]).

b) Wenn der Dritte zwar ein redlicher Besitzer ist, derjenige aber, mit welchem der Minderjährige das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, und von dem der Dritte die Sache erhielt, nicht im Stande ist, den Minderjährigen zu entschädigen [42]). Könnte also der Minderjährige den Scha-

dens.

40) *Nov. CLV. cap.* 1. Man vergleiche den 5. Th. dieses Commentars §. 443.* S. 465.

41) *L. 13. §. 1. D. h. t.*

42) L. 13. §. 1. *D. cit.* — POMPONIUS quoque scribit, LABEONEM existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: si quidem emtor sequens scit, rem ita gestam, restitutionem adversus eum faci-

denserſatz von dem erhalten, mit welchem er contrahirt hat, ſo kommt ihm gegen den dritten redlichen Beſitzer ſeiner Sache keine Reſtitution zu [43]).

c) Wenn der Minderjährige ein erweißliches Intereſſe dabey hat, die Sache ſelbſt in Natur wieder zu erhalten [44]). Z. B. bey einem Kaufhandel ſub pacto addictionis in diem wird ein Minderjähriger von einem neuen Käufer überboten, und weil er nicht eben ſoviel nachzahlen will, muß er das gekaufte Grundſtück wieder zurückgeben. Hier kann der Minderjährige gegen den dritten Beſitzer die Reſtitution ſuchen, wenn er ſein Intereſſe, das Grundſtück ſelbſt wieder zu erhalten, darthun kann; z. B. er kann beweiſen, das erkaufte Grundſtück komme von ſeinen Eltern oder Großeltern her. Er muß nur aber freylich die Summe des höhern Gebots erlegen [45]). Endlich

d) wenn

faciendam: ſi ignoravit, et prior emtor ſolvendo eſſet, non eſſe faciendam; *ſin vero non eſſet ſolvendo, aequius eſſe minori ſuccurri etiam adverſus ignorantem, quamvis bona fide emtor eſt.*

43) *L. 14. D. eodem.* Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit: nihil novi conſtituendum eſt in eum, qui rem bona ſide emerit: idque et POMPONIUS ſcribit. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. VII. Err. 2.

44) *L. 9. pr. D. h. t.* L. 39. §. 1. *D. eod.* L. 39. *D. de eviction.* FABER cit. loc. Err. 1. In dieſem Falle iſt kein Unterſchied, ob derjenige, wider welchen die Reſtitution geſucht wird, der dritte oder zehnte Beſitzer iſt. Per plures quoque perſonas ſi emtio ambulaverit, ſagt L. 15. *D. h. t.* idem iuris erit. Man ſehe auch VOET h. t. §. 35.

45) L. 35. *D. h. t.* Cujaz will dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle verſtehen, wo der Minderjährige ſich bey einem öffent-

gebracht hat, die Restitution Statt [40]). Es hat auch keinen Zweifel, daß Minderjährige gegen diejenigen Handlungen und Geschäfte der Eltern restituirt werden können, die diese mit andern zum Nachtheil der Kinder geschlossen haben. Z. B. wenn der Vater Sachen, die zu dem eigenen Vermögen der Kinder gehören, während der väterlichen Gewalt zu ihrem Schaden veräussert hat.

3) Zuweilen kann der Minderjährige auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Rücksicht welcher er verletzt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich mit ihm nicht contrahirt hat. Dies hat in folgenden Fällen Statt.

a) Wenn der Besitzer in mala fide ist, das heißt, wenn er wohl gewußt hat, daß sein Verkäufer, von dem er die Sache erhielt, mit dem Minderjährigen bey dem Handel nicht redlich umgegangen sey, sondern denselben sehr vervortheilt habe [41]).

b) Wenn der Dritte zwar ein redlicher Besitzer ist, derjenige aber, mit welchem der Minderjährige das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, und von dem der Dritte die Sache erhielt, nicht im Stande ist, den Minderjährigen zu entschädigen [42]). Könnte also der Minderjährige den Scha-

dens.

40) *Nov. CLV. cap.* 1. Man vergleiche den 5. Th. dieses Commentars §. 443.* S. 465.

41) *L. 13. §. 1. D. h. t.*

42) L. 13. §. 1. *D. cit.* — POMPONIUS quoque scribit, LABEONEM existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: si quidem emtor sequens scit, rem ita gestam, restitutionem adversus eum faci-

denserſatz von dem erhalten, mit welchem er contrahirt hat, ſo kommt ihm gegen den dritten redlichen Beſitzer ſeiner Sache keine Reſtitution zu [43]).

c) Wenn der Minderjährige ein erweißliches Intereſſe dabey hat, die Sache ſelbſt in Natur wieder zu erhalten [44]). Z. B. bey einem Kaufhandel ſub pacto addictionis in diem wird ein Minderjähriger von einem neuen Käufer überboten, und weil er nicht eben ſoviel nachzahlen will, muß er das gekaufte Grundſtück wieder zurückgeben. Hier kann der Minderjährige gegen den dritten Beſitzer die Reſtitution ſuchen, wenn er ſein Intereſſe, das Grundſtück ſelbſt wieder zu erhalten, darthun kann; z. B. er kann beweiſen, das erkaufte Grundſtück komme von ſeinen Eltern oder Großeltern her. Er muß nur aber freylich die Summe des höhern Gebots erlegen [45]). Endlich

d) wenn

faciendam: ſi ignoravit, et prior emtor ſolvendo eſſet, non eſſe faciendam; *ſin vero non eſſet ſolvendo, aequius eſſe minori ſuccurri etiam adverſus ignorantem, quamvis bona fide emtor eſt.*

43) *L. 14. D. eodem.* Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit: nihil novi conſtituendum eſt in eum, qui rem bona ſide emerit: idque et POMPONIUS ſcribit. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. VII. Err. 2.

44) *L. 9. pr. D. h. t.* L. 39. §. 1. *D. eod.* L. 39. *D. de eviction.* FABER cit. loc. Err. 1. In dieſem Falle iſt kein Unterſchied, ob derjenige, wider welchen die Reſtitution geſucht wird, der dritte oder zehnte Beſitzer iſt. Per plures quoque perſonas ſi emtio ambulaverit, ſagt L. 15. *D. h. t.* idem iuris erit. Man ſehe auch VOET h. t. §. 35.

45) L. 35. *D. h. t.* Cujaz will dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle verſtehen, wo der Minderjährige ſich bey einem öffent-

gebracht hat, die Restitution Statt [40]). Es hat auch keinen Zweifel, daß Minderjährige gegen diejenigen Handlungen und Geschäfte der Eltern restituirt werden können, die diese mit andern zum Nachtheil der Kinder geschlossen haben. Z. B. wenn der Vater Sachen, die zu dem eigenen Vermögen der Kinder gehören, während der väterlichen Gewalt zu ihrem Schaden veräussert hat.

3) Zuweilen kann der Minderjährige auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Rücksicht welcher er verletzt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich mit ihm nicht contrahirt hat. Dies hat in folgenden Fällen Statt.

a) Wenn der Besitzer in mala fide ist, das heißt, wenn er wohl gewußt hat, daß sein Verkäufer, von dem er die Sache erhielt, mit dem Minderjährigen bey dem Handel nicht redlich umgegangen sey, sondern denselben sehr vervortheilt habe [41]).

b) Wenn der Dritte zwar ein redlicher Besitzer ist, derjenige aber, mit welchem der Minderjährige das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, und von dem der Dritte die Sache erhielt, nicht im Stande ist, den Minderjährigen zu entschädigen [42]). Könnte also der Minderjährige den Scha-

dens.

40) *Nov. CLV. cap.* 1. Man vergleiche den 5. Th. dieses Commentars §. 443.* S. 465.

41) *L. 13. §. 1. D. h. t.*

42) L. 13. §. 1. *D. cit.* — POMPONIUS quoque scribit, LABEONEM existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: si quidem emtor sequens scit, rem ita gestam, restitutionem adversus eum faci-

denserſatz von dem erhalten, mit welchem er contrahirt hat, ſo kommt ihm gegen den dritten redlichen Beſitzer ſeiner Sache keine Reſtitution zu [43]).

c) Wenn der Minderjährige ein erweißliches Intereſſe dabey hat, die Sache ſelbſt in Natur wieder zu erhalten [44]). Z. B. bey einem Kaufhandel ſub pacto addictionis in diem wird ein Minderjähriger von einem neuen Käufer überboten, und weil er nicht eben ſoviel nachzahlen will, muß er das gekaufte Grundſtück wieder zurückgeben. Hier kann der Minderjährige gegen den dritten Beſitzer die Reſtitution ſuchen, wenn er ſein Intereſſe, das Grundſtück ſelbſt wieder zu erhalten, darthun kann; z. B. er kann beweiſen, das erkaufte Grundſtück komme von ſeinen Eltern oder Großeltern her. Er muß nur aber freylich die Summe des höhern Gebots erlegen [45]). Endlich

d) wenn

faciendam: ſi ignoravit, et prior emtor ſolvendo eſſet, non eſſe faciendam; *ſin vero non eſſet ſolvendo, aequius eſſe minori ſuccurri etiam adverſus ignorantem, quamvis bona fide emtor eſt.*

43) *L. 14. D. eodem.* Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit: nihil novi conſtituendum eſt in eum, qui rem bona ſide emerit: idque et POMPONIUS ſcribit. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. VII. Err. 2.

44) *L. 9. pr. D. h. t.* L. 39. §. 1. *D. eod.* L. 39. *D. de eviction.* FABER cit. loc. Err. 1. In dieſem Falle iſt kein Unterſchied, ob derjenige, wider welchen die Reſtitution geſucht wird, der dritte oder zehnte Beſitzer iſt. Per plures quoque perſonas ſi emtio ambulaverit, ſagt L. 15. *D. h. t.* idem iuris erit. Man ſehe auch VOET h. t. §. 35.

45) L. 35. *D. h. t.* Cujaz will dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle verſtehen, wo der Minderjährige ſich bey einem öffent-

gebracht hat, die Restitution Statt [40]). Es hat auch keinen Zweifel, daß Minderjährige gegen diejenigen Handlungen und Geschäfte der Eltern restituirt werden können, die diese mit andern zum Nachtheil der Kinder geschlossen haben. Z. B. wenn der Vater Sachen, die zu dem eigenen Vermögen der Kinder gehören, während der väterlichen Gewalt zu ihrem Schaden veräussert hat.

3) Zuweilen kann der Minderjährige auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Rücksicht welcher er verletzt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich mit ihm nicht contrahirt hat. Dies hat in folgenden Fällen Statt.

a) Wenn der Besitzer in mala fide ist, das heißt, wenn er wohl gewußt hat, daß sein Verkäufer, von dem er die Sache erhielt, mit dem Minderjährigen bey dem Handel nicht redlich umgegangen sey, sondern denselben sehr vervortheilt habe [41]).

b) Wenn der Dritte zwar ein redlicher Besitzer ist, derjenige aber, mit welchem der Minderjährige das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, und von dem der Dritte die Sache erhielt, nicht im Stande ist, den Minderjährigen zu entschädigen [42]). Könnte also der Minderjährige den Scha-

dens.

40) *Nov. CLV. cap.* 1. Man vergleiche den 5. Th. dieses Commentars §. 443.* S. 465.

41) *L. 13. §. 1. D. h. t.*

42) L. 13. §. 1. *D. cit.* — POMPONIUS quoque scribit, LABEONEM existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: si quidem emtor sequens scit, rem ita gestam, restitutionem adversus eum faci-

denserſatz von dem erhalten, mit welchem er contrahirt hat, ſo kommt ihm gegen den dritten redlichen Beſitzer ſeiner Sache keine Reſtitution zu [43]).

c) Wenn der Minderjährige ein erweißliches Intereſſe dabey hat, die Sache ſelbſt in Natur wieder zu erhalten [44]). Z. B. bey einem Kaufhandel ſub pacto addictionis in diem wird ein Minderjähriger von einem neuen Käufer überboten, und weil er nicht eben ſoviel nachzahlen will, muß er das gekaufte Grundſtück wieder zurückgeben. Hier kann der Minderjährige gegen den dritten Beſitzer die Reſtitution ſuchen, wenn er ſein Intereſſe, das Grundſtück ſelbſt wieder zu erhalten, darthun kann; z. B. er kann beweiſen, das erkaufte Grundſtück komme von ſeinen Eltern oder Großeltern her. Er muß nur aber freylich die Summe des höhern Gebots erlegen [45]). Endlich

d) wenn

faciendam: ſi ignoravit, et prior emtor ſolvendo eſſet, non eſſe faciendam; *ſin vero non eſſet ſolvendo, aequius eſſe minori ſuccurri etiam adverſus ignorantem, quamvis bona fide emtor eſt.*

43) *L. 14. D. eodem.* Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit: nihil novi conſtituendum eſt in eum, qui rem bona ſide emerit: idque et POMPONIUS ſcribit. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. VII. Err. 2.

44) *L. 9. pr. D. h. t.* L. 39. §. 1. *D. eod.* L. 39. *D. de eviction.* FABER cit. loc. Err. 1. In dieſem Falle iſt kein Unterſchied, ob derjenige, wider welchen die Reſtitution geſucht wird, der dritte oder zehnte Beſitzer iſt. Per plures quoque perſonas ſi emtio ambulaverit, ſagt L. 15. *D. h. t.* idem iuris erit. Man ſehe auch VOET h. t. §. 35.

45) *L.* 35. *D. h. t.* Cujaz will dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle verſtehen, wo der Minderjährige ſich bey einem öffent-

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichen ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Sechsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1800.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Fortsetzung
des vierten Titels
De Minoribus XXV. annis.

§. 460.

Die Restitution der Minderjährigen setzt eine erlittene Läsion voraus.

Minderjährige können jedoch nur gegen solche Geschäfte die Restitution suchen, durch die sie eine wirkliche und auch nicht ganz unerhebliche Verletzung erlitten haben [1]). Sie wird ihnen daher ertheilet,

I) wenn sie ein Recht verloren, das sie hatten, oder sonst eine wirkliche Verminderung ihres Vermögens erlitten haben, und zwar nicht nur

a) in aussergerichtlichen Geschäften, z. B. durch Vergleich [2]), Theilung gemeinschaftlicher Sachen [3]), Kauf, oder Verkauf [4]), letzter sey von ihnen selbst [5]), oder von ihren Pfandgläubigern zu ihrem Nachtheil geschehen [6]); Erlassung

1) *L. 44. D. h. t. L. 9. pr. L. 49. D. eodem.*

2) *L. 1. et 2. C. Si adv. transact.* DOMPIERRE h. t. §. 59.

3) *L. 1. Cod. cit.* VOET ad Pand. h. t. §. 20.

4) *L. 7. §. 1. D. h. t.*

5) *L. 1. et 2. C. Si adv. vendit.*

6) *L. 7. §. 1. D. de distract. pign. L. 1. et 2. C. de praed. et aliis reb. minor. L. 1. Cod. Si adv. vendit.* DOMPIERRE h. t. §. 32.

sung einer Schuld [7]), Aufnahme eines Darlehns [8]), Annehmung einer Zahlung [9]), Novation, wodurch sie einen unsichern Schuldner statt eines sichern angenommen [10]), u. d. sondern auch

b) in gerichtlichen Geschäften, z. B. durch Verabsäumung einer Nothfrist, Vernachläßigung der Beweißmittel, oder zuständiger Exceptionen, unterlassene Einwendung der ihnen gegen ein gravirliches Urteil zukommenden Rechtsmittel, u. d. m. [11]).

II) Wenn

7) *L.* 27. §. 2. *D. h. t.*

8) *L.* 27. §. 1. *D. h. t.* Hat der Minderjährige das erborgte Geld unsicher ausgelehnt, so muß er seinem Gläubiger das Recht an seinen Schuldner abtreten. Hat er für das Geld ein Grundstück, aber viel zu theuer, gekauft, so kann er verlangen, daß der Verkäufer dasselbe zurücknehme, und ihm sein Geld wieder herausgebe, damit der Gläubiger davon bezahlt werde. Hat hingegen der Minderjährige das Geld verschwendet, dann verliert der Gläubiger sein Forderungsrecht ganz.

9) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* Daß die Zahlung dem Vormund, oder mit dessen Einwilligung dem Minderjährigen geleistet worden ist, sichert den Schuldner nicht, wenn der Minderjährige um das Geld kommt. *L.* 1. *Cod. Si adv. solution.* S. *Ios. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 9. (in *Thes. Meermannian.* T. VI. pag. 47.) Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 26. Nur gegen eine unter gerichtlichem Ansehen geschehene Zahlung findet keine Restitution Statt. §. *ult. I. Quib. alienare licet.* **L.** 25. *Cod. de admin. tutor. et curator.* VOET ad Pand. h. t. §. 22. und Ge. Jac. Fried. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. Bd. Bemerk. 18.

10) *L.* 27. §. 3. *D. h. t.*

11) *L.* 7. §. 11. *L.* 36. *D. h. t. Tot. Tit. Cod. Si adv. rem iudicat.*

II) Wenn sie einen Vortheil, den sie aus einem gegründeten Recht hätten erlangen können, aus den Händen gelassen haben [12]). Z. B. ein Minderjähriger hat aus Uebereilung ein Vermächtniß nicht angenommen, oder bey einer legirten Option das Schlechtere statt des Bessern gewählt [13]). oder eine Erbschaft ausgeschlagen; nur müssen freylich in diesem letztern Falle die Intestaterben nicht etwa schon die Erbschaft veräussert haben, sondern es muß noch res integra seyn [14]). Wäre indessen der Minderjährige ein suus heres, und er hätte von der väterlichen Erbschaft aus Leichtsinn abstinirt, so kann er noch die Restitution erhalten, wenn auch die Erbgüter schon verkauft wären [15]). Endlich

III) wenn sie eine Beschwerde oder Verbindlichkeit übernommen haben, die sie hätten ablehnen können [16]). Dahin gehört, wenn ein Minderjähriger eine nachtheilige Erbschaft angetreten [17]), oder ein beschwerliches Legat angenom-

12) *L. 7. §. 6. et 8. D. h. t.*

13) *L. 7. §. 7. D. eod.*

14) *L. 24. §. 2. D. eodem.*

15) *L. ult. in fin. Cod. de repudianda vel abstin. heredit.* VOET h. t. §. 24. und LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XXIX. Tit. 2. §. 40. in fin.

16) *L. 6. D. h. t.*

17) *L. 7. §. 5. et 9. D. h. t.* Nach diesem Gesetz kann sogar der Minderjährige gegen die Antretung einer Erbschaft auch dann die Restitution erhalten, wenn er gleich schon vorhin einmal selbige repudiirt, und dagegen die Wiederherstellung erhalten hatte. Allein nach der *L. fin. §. 6. Cod. de bonis, quae liber.* geht das nicht mehr so schlechthin an, *ne ludibrio leges ei fiant, saepius eandem et amplecti et respuere hereditatem cupienti*, wie Justinian sagt. Man will jedoch dieses

men [18]), oder für einen Andern Bürgschaft geleistet hat [19]), u. d. m.

Es muß nur aber immer

1) eine wirkliche Läsion vorhanden seyn. Die Restitution fällt daher weg

a) wenn der Minderjährige unterlassen hat, seinen Schuldner durch Interpellation in moram zu versetzen. Denn bey den Schuldnern der Minderjährigen tritt der Verzug mit seinen Wirkungen ipso iure ein. Es müssen daher dem minderjährigen Gläubiger die Verzugszinsen bezahlt werden, wenn auch keine Interpellation geschehen ist [20]).

b) Wenn er versäumt hat, eine Klage, die blos auf Rache abzweckt, anzustellen. Er wird daher gegen eine unterlassene Injurien-Klage nicht restituirt [21]).

c) Wenn

Gesetz blos von dem Falle verstehen, da der Vater die Erbschaft für seinen unmündigen filiumfamilias angetreten oder repudiirt hatte, und dieser nachher gegen die Handlung seines Vaters restituirt worden ist. Denn Justinian sagt gleich nachher: *Si enim, quod pater fecit, filius ratum non habuit, et propter hoc restitutus est; quomodo ferendus videatur, iterum iudicium amplectens, quod post patris voluntatem contraria affectione aspernendum esse existimavit.* Man sehe VOET ad Pand. h. t. §. 27. und DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 45.

18) *L. 33. D. h. t.*

19) *L. 7. §. 3. D. eod.*

20) *L. 3. Cod. in quib. caus. restitut. in integr. necessaria non est.* Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Band. 94.

21) *L. 37. pr. D. h. t.*

c) Wenn er unterlassen hat, die Ermordung seines verstorbenen Erblassers gerichtlich zu ahnden[22]). Denn einem minderjährigen Erben schadet das crimen inultae mortis nichts[23]).

d) Wenn seiner Forderung noch keine praescriptio longissimi temporis, oder wenigstens keine temporelle Conventionalverjährung entgegen stehet. Denn gegen den Lauf einer praescriptionis legalis longi temporis ist er schon ipso iure gesichert[24]). Allein eine Conventionalpräscrip-

22) *L. 1. Cod. in quib. caus. restitut. in integr. nec. non est.*

23) *L. 6. Cod. de his, quibus ut indignis.*

24) *L. 3. C. quibus non obiicitur longi temp. praescr. L. fin. Cod. in quib. caus. restit. in integr. nec. non est. L. 3. C. de praescr. XXX. vel XL. annor.* Hierdurch ist also die *L. un. C. Si adv. usucap.* nach welcher der Minderjährige auch gegen den Ablauf der Usucapion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen muß, um so mehr aufgehoben, als nach der *L. un. C. de transform. usucap.* die Usucapion mit der longi temporis praescriptione einerley Recht hat. VOET h. t. §. 29. Die Präscriptionen gerichtlicher Nothfristen im Proceß gehören jedoch hierher nicht. Diese laufen auch den Minderjährigen, *L. 7. §. 11. D. h. t. L. 13. §. ult. Cod. de Iudic. L. 1. C. Si saepius in integr. restit.* und hierin ist durch die *L. fin. C. in quib. caus.* nichts geändert, wie *I. H.* BOEHMER in Diss. de cursu praescriptionis contra minores suspenso (*Halae 1729.*) §. 24. gezeigt hat. Gegen diese muß also der Minderjährige die Restitution suchen. Verschiedene Rechtsgelehrten wollen indessen den Minderjährigen auch gegen die dreyßigjährige Präscription die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestatten; z. B. VOET c. l. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 824. Allein man sehe GIPHANIUS Explanat. ad L. ult. Cod. in quib. caus. in integr. restitut. nec. non est.

tion, d. i. eine solche Einrede, welche demjenigen entgegen gesetzt werden kann, der sein Recht binnen der durch Vertrag bestimmten Zeit nicht ausgeübt hat, steht dem Minderjährigen allerdings entgegen. Z. B. wenn sich derselbe bey dem Verkauf eines Grundstücks den Wiederkauf binnen einer gewissen Zeit vorbehalten, oder einen Kauf sub lege commissoria geschlossen hat. Hat in diesen Fällen der Minderjährige die Zeit versäumt, so muß er dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen [25]). Endlich

e) wenn das Geschäft, in Ansehung dessen der Minderjährige eine Verbindlichkeit übernommen hat, zu seinem Besten geschlossen worden, und für ihn wirklich vortheilhaft ist [26]).

2) Die Läsion muß durch das Geschäft selbst entstanden seyn, wider welches der Minderjährige die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sucht. Wenn daher das Geschäft mit aller Vorsicht geschlossen worden ist, und der Minderjährige durch bloßen Zufall Schaden bey der Sache leidet; z. B. der Minderjährige kauft zu seiner Bedürfniß ein Pferd, und dieses fällt ihm darauf durch bloßen Zufall; so findet seine Wiederherstellung Statt, denn sein Verlust liegt nicht in dem geschlossenen Geschäft [27]). Hätte er hingegen den Zufall bey grösserer Ueberlegung und Vorsicht verhüten können, der Zufall ist also ein casus mixtus; so kann ihm

p. 105. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. 2. Th. 23. in fin. und DOMPIRRE h. t. §. 65.

25). *L.* 38. *D. h. t.* VOET h. t. §. 30. und DOMPIERRE h. t. §. 66.

26) LEYSER Specim. LX. med. 10.

27) *L.* 11. §. 4. *D. h. t.*

ihm die Restitution nicht versagt werden. Z. B. es tritt ein Minderjähriger eine Erbschaft an, die Anfangs ganz vortheilhaft zu seyn schien. Allein sie enthielt viel Sachen, die der Sterblichkeit unterworffen waren. Hätte sie der Minderjährige in Zeiten verkauft, wozu es ihm nicht an Gelegenheit fehlte, so hätte er den Schaden, den er durch eintretende Sterbfälle nachher erlitten hat, leicht verhüten können. Es fanden sich überdem verborgene Schulden, die man aber doch hätte vermuthen können. Kurz die Erbschaft leidet eine beträchtliche Verminderung. Hier kann er restituirt werden [28]). Endlich

3) muß auch die Verletzung offenbar und nicht unerheblich seyn [29]). Der Richter muß dies aus den Umständen beurtheilen, und nach der Billigkeit erwägen [30]). Denn wollte man die Minderjährigen um jeder unerheblichen Ursache willen in integrum restituiren, so würde man ihnen, wie Paulus [31]) sagt, mehr Schaden als Vortheil schaffen, weil es Niemand leicht wagen würde, sich mit solchen Personen in einen Handel einzulassen.

§. 461.

Gegen wen kommt den Minderjährigen die Restitution zu?

Die Restitution sucht der verletzte Minderjährige

28) *L. 11. §. 5. D. h. t.* Hierher gehört auch der Fall, wenn ein Minderjähriger etwas auf das Loos hat ankommen lassen, und dadurch in Schaden gekommen ist. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4.

29) *Io.* PARLADORIUS Rer. Quotidian. Lib. II. cap. fin. §. 13. n. 18. u. STRUV Syntagm. iur. civ. exerc. VIII. Th. 44.

30) MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. β.

31) *L. 24. §. 1. D. eodem.*

1) gegen den, mit welchem er das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, so wie auch gegen dessen Erben [32]). Ja sie wird ihm sogar gegen solche Personen ertheilt, wider welche ein anderer Gläubiger mit seiner Klage nichts ausrichten kann; z B gegen einen filiumfamilias, dem er ein Darlehn gegeben, oder gegen eine Frauensperson, die sich für den Schuldner des Minderjährigen verbürgt hat, insofern er nämlich von diesem seine Bezahlung nicht erhält [33]). Magis enim aetatis ratio, sagt **Ulpian** [34]), quam Senatusconsulti habenda est. Auch gegen den Fiscus wird der Minderjährige restituirt [35]), es muß nur der Fiscus die Sache des Minderjährigen nicht etwa wegen einer Schuldforderung, die er an diesen hatte, verkauft haben, obgleich auch in diesem Falle dem Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand alsdann nicht versagt werden kann, wenn desselben Sache durch Collusion und Betrug des Fiskalischen Sachwalters um einen zu geringen Preiß verkauft worden ist [36]). Hat der Minderjährige den nachtheiligen Handel mit einem andern Minderjährigen geschlossen; so kommt es nach Ulpians [37]) Entscheidung zuförderst darauf an, wer von beyden verletzt ist. Ist einer von beyden

32) *L. 6. et 7. Cod. de in integr. restit. minor.*

33) *L. 11. §. 7. et L. 12. D. h. t.*

34) *L. 11. §. 7. D. eod.*

35) *L. 1. C. Si adv. fiscum.*

36) *L. fin. Cod. eod.* LAUTERBACH Collg. th. pr. Pand. h. t. §. 26.

37) *L. 11. §. 6. D. h. t. L. 34. D. eodem.* S. *Io. Siegfr.* WIENTZEK Commentat. de vero sensu L. 11. §. 6. et 7. D. de minorib. *Uratislaviae 1778.*

beyden durch den Handel reicher geworden, so kann derjenige, welcher den Schaden erlitten hat, Wiederherstellung erhalten. Sollten aber beyde verletzt seyn, und beyde sich auf ihre Rechtswohlthat berufen, z. B. ein Minderjähriger hat von dem andern Geld aufgenommen, und solches verlohren, so kann nur derjenige, der das Geld empfangen hat, allein die Restitution erhalten, um von der Zurückzahlung befreyet zu werden, nicht der Anleiher, weil hier eine Collision gleicher Rechte eintritt, in welcher das besondere Recht des Beklagten dem Recht des Klägers vorgeht [38]).

2) Gegen leibliche Eltern wird jedoch die Restitution den Minderjährigen nicht ertheilt, weil es gegen die Ehrerbietung, welche Kinder ihren Eltern schuldig sind, streiten würde, zu behaupten, daß sie von ihren Eltern verletzt oder vervortheilt worden wären [39]). Dahingegen findet gegen Adoptiv-Eltern, ferner gegen Stiefeltern, so wie auch gegen eine leibliche Mutter, als gewesene Vormünderin, wenn sie durch ihre Wiederverheyrathung die Kinder in Schaden

38) Man sehe den 2. Th. dieses Commentars §. 105. S. 28. und *Alb. Phil.* FRICK Disp. de exceptione curatoris nondum excussi restitutionem in integrum a minoribus adultis petitam haud remorante (*Helmstadii 1796.*) §. 14. Einen besondern Fall von zwey Minderjährigen, von denen jeder ein Loos in der Lotterie genommen, und einer dem andern versprochen hatte, daß er dasjenige, was er mit seinem Looße gewinnen würde, mit dem andern theilen wolle, hat BAUER in Respons. iuris Resp. XCI.

39) *L. 2. C. Qui et adv. quos. Tob. Iac.* REINHARTH select. Observation. ad *Christinaei* Decisiones Vol. II. Obs. 20. pag. 34. sq.

gebracht hat, die Restitution Statt [40]). Es hat auch keinen Zweifel, daß Minderjährige gegen diejenigen Handlungen und Geschäfte der Eltern restituirt werden können, die diese mit andern zum Nachtheil der Kinder geschlossen haben. Z. B. wenn der Vater Sachen, die zu dem eigenen Vermögen der Kinder gehören, während der väterlichen Gewalt zu ihrem Schaden veräussert hat.

3) Zuweilen kann der Minderjährige auch gegen den dritten Besitzer der Sache, in Rücksicht welcher er verletzt worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich mit ihm nicht contrahirt hat. Dies hat in folgenden Fällen Statt.

a) Wenn der Besitzer in mala fide ist, das heißt, wenn er wohl gewußt hat, daß sein Verkäufer, von dem er die Sache erhielt, mit dem Minderjährigen bey dem Handel nicht redlich umgegangen sey, sondern denselben sehr vervortheilt habe [41]).

b) Wenn der Dritte zwar ein redlicher Besitzer ist, derjenige aber, mit welchem der Minderjährige das nachtheilige Geschäft geschlossen hat, und von dem der Dritte die Sache erhielt, nicht im Stande ist, den Minderjährigen zu entschädigen [42]). Könnte also der Minderjährige den Scha-

dens-

40) *Nov. CLV. cap.* 1. Man vergleiche den 5. Th. dieses Commentars §. 443.* S. 465.

41) *L. 13. §. 1. D. h. t.*

42) L. 13. §. 1. *D. cit.* — POMPONIUS quoque scribit, LABEONEM existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emtor rursus eum alienavit: si quidem emtor sequens scit, rem ita gestam, restitutionem adversus eum faci-

denserſatz von dem erhalten, mit welchem er contrahirt hat, ſo kommt ihm gegen den dritten redlichen Beſitzer ſeiner Sache keine Reſtitution zu [43]).

c) Wenn der Minderjährige ein erweißliches Intereſſe dabey hat, die Sache ſelbſt in Natur wieder zu erhalten [44]). Z. B. bey einem Kaufhandel ſub pacto addictionis in diem wird ein Minderjähriger von einem neuen Käufer überboten, und weil er nicht eben ſoviel nachzahlen will, muß er das gekaufte Grundſtück wieder zurückgeben. Hier kann der Minderjährige gegen den dritten Beſitzer die Reſtitution ſuchen, wenn er ſein Intereſſe, das Grundſtück ſelbſt wieder zu erhalten, darthun kann; z. B. er kann beweiſen, das erkaufte Grundſtück komme von ſeinen Eltern oder Großeltern her. Er muß nur aber freylich die Summe des höhern Gebots erlegen [45]). Endlich

d) wenn

faciendam: ſi ignoravit, et prior emtor ſolvendo eſſet, non eſſe faciendam; *ſin vero non eſſet ſolvendo, aequius eſſe minori ſuccurri etiam adverſus ignorantem, quamvis bona fide emtor eſt.*

43) *L. 14. D. eodem.* Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit: nihil novi conſtituendum eſt in eum, qui rem bona ſide emerit: idque et POMPONIUS ſcribit. Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. VII. Err. 2.

44) *L. 9. pr. D. h. t.* L. 39. §. 1. *D. eod.* L. 39. *D. de eviction.* FABER cit. loc. Err. 1. In dieſem Falle iſt kein Unterſchied, ob derjenige, wider welchen die Reſtitution geſucht wird, der dritte oder zehnte Beſitzer iſt. Per plures quoque perſonas ſi emtio ambulaverit, ſagt L. 15. *D. h. t.* idem iuris erit. Man ſehe auch VOET h. t. §. 35.

45) *L.* 35. *D. h. t.* Cujaz will dieſes Geſetz von einem ſolchen Falle verſtehen, wo der Minderjährige ſich bey einem öffent-

d) wenn von Kindern, als suis heredibus, der Minderjährigkeit wegen die Wiederherstellung gegen eine geschehene Loßsagung von der väterlichen Erbschaft gesucht wird, so kommt ihnen solche nicht nur gegen den statt ihrer eingetretenen Erben, sondern auch gegen den Dritten zu statten, an welchen die Erbgüter veräussert worden sind[46]).

§. 462.

Die Restitution der Minderjährigen bringt nicht immer alles wieder in den vorigen Stand. Zuweilen fällt sie ganz weg.

Die Wirkung einer wegen der Minderjährigkeit erhaltenen Restitution ist zwar nach den Grundsätzen zu bestimmen, welche oben[47]) von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt sind vorgetragen worden; es ist jedoch hier noch folgendes zu bemerken.

1) Nicht immer kommt durch die Wiederherstellung eines Minderjährigen die Sache ganz wieder in den Zustand zurück, in welchem sie vorher war, sondern zuweilen geschieht die Restitution ex nunc und salvo iure tertii. Dies ist der Fall, wenn ein Minderjähriger gegen die geschehene Antretung einer Erbschaft restituirt wird. Denn hier bleibt

a) alles

öffentlichen Verkauf an den Meistbietenden (venditione fiscali) die feilgebotene Sache aus den Händen gehen ließ, weil er überboten wurde. Allein man sehe *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iuris. pag. 246. sqq.

46) *L. 6. in fin. Cod. de repud. vel abstin. heredit.* Westphals systemat. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft ꝛc. §. 264. S. 141.

47) Man sehe den 5. Theil dieses Commentars §. 442.

a) alles gültig, was derselbe vor der Restitution, da er die Erbschaft noch unter sich hatte, als Erbe vorgenommen hat, damit kein Dritter unter dieser Veränderung leide. Was er daher an Vermächtnissen oder an Schulden aus der Erbschaft bereits bezahlt hat, braucht er selbst nicht wieder zu erstatten, und es können auch diejenigen Gläubiger, welche ihr Geld erhalten haben, deshalb von andern Erschaftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werden[48]). Nur die bereits ausgezahlten Vermächtnisse müssen von den Legatarien zurückgegeben werden. Derjenige, welcher nun statt des Minderjährigen die Erbschaft erhält, kann sie als eine Nichtschuld zurückfordern[49]). Wer hingegen von den Erbschaftssachen etwas gültig an sich gekauft hat, darf es behalten, der Minderjährige mag das dafür erhaltene Geld noch haben oder nicht[50]).

b) War dem Minderjährigen auf den Fall, da er die Erbschaft nicht antreten würde, ein Anderer substituirt; so wird die durch die Antretung der Erbschaft einmal erloschene Substitution[51]) dadurch nicht wieder gültig, wenn der Minderjährige gegen die geschehene Adition restituirt wird[52]).

Denn

48) *L. 22. D. h. t. L. 31. D. eodem.*

49) *L. 5. D. de condict. indeb.* VOET. h. t. §. 26.

50) *L. 44. D. de acquir. vel omitt. heredit.* Westphal im angeführten Commentar §. 208. S. 109.

51) *L. 5. Cod. de impub. et aliis substitut.*

52) *L. 7. §. 10. D. h. t. Ant.* MERENDA Controversiar. iuris Lib. IV. cap. 9. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 14. *de* COCCEJI iur. cir. controv. T. II. Lib. XXVI. Tit. 6. Qu. 8. insonderheit WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 30. (nach der neuesten Ausgabe

Denn die Wirkung der erhaltenen Restitution bestehet in diesem Falle nur darin, daß der Minderjährige die Erbschaft, so weit er sie besitzt, und nicht dolo zu besitzen aufgehört hat, herausgeben muß, und hierdurch von aller weitern Verbindlichkeit eines Erben befreyet wird [53]). Keinesweges aber kann diese Wirkung so weit erstreckt werden, daß man rechtlich annehmen könnte, als sey der Minderjährige nie Erbe gewesen, weil nach einem bekannten Grundsatz des Civilrechts derjenige nie aufhört Erbe zu seyn, der es einmal geworden ist [54]).

2) Die Restitution fällt ganz weg, wo Wiederherstellung des vorigen Zustandes nach der Natur des eingegangenen Geschäfts unmöglich ist. Daher findet keine Wiederherstellung Statt,

a) ge-

be *Ienae* 1791.) Anderer Meinung sind zwar VOET ad Pand. Lib. XXVIII. Tit. VI. §. 14. *Ant.* FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. III. cap. 4. *Claud.* CHIFLETIUS de Substitutionibus cap. 13. ODDUS de Restitut. in integr. P. II. Quaest. LXII. Art. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVIII. Tit. 6. §. 16. u. a. m. allein die Gründe dieser Meinung sind widerlegt von *Theod. Christ. Frid.* RAYDT in Exerc. iur. civ. ad L. VII. §. 10. D. de minor. sist. disquisit. quaestionis controversae: an heredi substituto, instituto adversus aditionem hereditatis ob minorem aetatem in integrum restituto, deferatur ius succedendi. *Lingae 1794.*

53) L. *un.* §. 2. C. *de reputation, quae fiunt in iud. in int. restitut.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 118. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. LXII. Westphal a. a. O. §. 210. b.

54) *L. 88. D. de hered. instit.*

a) gegen eine Manumission, sondern der Minderjährige kann hier blos auf das Interesse gegen denjenigen klagen, durch den er dadurch lädirt worden ist [55]).

b) Gegen eine vollzogene Ehe [56]). Denn diese kann nur wegen einer Verletzung der ehelichen Treue getrennt werden [57]). Ist hingegen die Ehe noch nicht vollzogen, so findet gegen ein bloßes Eheverlöbniß die Restitution ohne Zweifel Statt [58]), wenn der minderjährige Verlobte zeigen kann, daß es ihm nachtheilig sey [59]); ja es bedarf nicht einmal nach der Meinung angesehener Rechtsgelehrten [60]) eines besondern Beweises, daß ihm die Sponsalien nachtheilig sind, weil sie insofern immer schon an sich als nachtheilig anzusehen sind, daß sie die Freyheit, eine andere Ehe einzugehen, einschränken, und den Minderjährigen, wenn er sie wider seinen Willen und Neigung vollziehen müßte, eine mißvergnügte Ehe befürchten lassen. Gegen nachtheilige Ehe-

55) *L. 9. §. fin.* L. 10. L. 11. *D. h. t.* L. 2. *et* 3. *Cod. Si adv. libertatem.*

56) *I. H.* BOEHMER Ius. Eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. I. §. 79. DOMPIERRE h. t. §. 54.

57) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. VIII. §. 57. not. β.

58) BOEHMER iur. eccles. Protest. c. l. §. 87. sqq. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 5. Der Minderjährige muß nur nicht etwa seine Braut geschwängert haben. S. Kleins Annalen der Preuß. Gesetzgebung. 12. Band Nr. VII. S. 32.

59) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCXCV. med. 8.

60) BOEHMER c. l. §. 88. und WALCH Introd. in controv. iur. civ. c. l. §. 4. pag. 42. Diese Meinung ist auch in den Preuß. Gerichten angenommen. S. Kleins Annalen a. a. O. S. 33.

Eheverträge, wodurch ein Minderjähriger, z. B. bey der Schätzung des Heyrathsguts, verletzt worden ist, findet ebenfalls die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt[61]).

3) Zuweilen bleibt die dem Minderjährigen ertheilte Restitution ohne Wirkung, nämlich wenn der Minderjährige keinen Gebrauch davon machen will, wozu ihn niemand nöthigen kann. Wollte sein Gegner in einem solchen Falle wider ihn ex causa iudicati klagen, so würde er ihm die Einrede (exceptio utilis) entgegen setzen können, daß nicht um seinetwillen die Restitution ertheilt sey, und er sich nicht beschweren dürfe, wenn die Sache in dem Zustande bleibt, in welchen sie durch ihn selbst gebracht worden ist[62]).

§. 463.

Wie lange kann die Restitution der Minderjährigkeit wegen gesucht werden?

Wenn die Frage ist, wie lange die Restitution wegen der Minderjährigkeit gesucht werden könne, und wenn diese Zeit zu laufen anfange? so sind folgende Fälle zu unterscheiden. Der Minderjährige sucht entweder selbst die Wiederherstellung, oder dessen Erbe.

1) Wenn der Minderjährige selbst die Restitution verlangt, so muß sie der Regel nach binnen vier Jah-

61) *L. 9. §. 1. D. h. t. L. un. Cod. Si adv. dotem.* DOMPIERRE h. t. §. 55. und *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de remediis emendandae laesionis ex dote. (*Goetting 1791.*) §. 22. sqq.

62) *L. 41. D. h. t.* NOODT. Comm. h. t. pag. 118.

Jahren gesucht werden. Diese Zeitfrist wird von dem ersten Moment des sechs und zwanzigsten Jahrs an gerechnet [63]). Ob dabey vorauszusetzen sey, daß der Verletzte auch schon Wissenschaft von der erlittenen Läsion gehabt habe, oder ob es darauf nicht ankomme, ist zwar in der Theorie sehr streitig [64]), in der Praxis aber ganz entschieden, daß die Restitutionsfrist erst a tempore scientiae zu laufen anfange [65]). Von jener Regel finden folgende Ausnahmen Statt.

a) Wenn der Minderjährige veniam aetatis erhalten hat. Hier fängt das quadriennium, wenn die Restitution wegen solcher Läsionen gesucht wird, die der Minderjährige vor geschehener Großjährigkeitserklärung erlitten hat, erst von der Zeit zu laufen an, da das deshalb ergangene Majorennitätsrescript bey dem competenten Richter insinuirt worden ist; und läuft nicht eher zu Ende, als bis der privilegirte Minderjährige die wirkliche Majorennität erreicht hat [66]). Daher kann nun in einem solchen Falle die Restitutionsfrist oft viel länger als vier Jahre dauern, wenn wir z. B. annehmen, daß der Minderjährige im 18. oder 19. oder 20. Jahre die veniam aetatis erhalten hat [67]).

b) Wenn

63) *L. ult. Cod. de tempor. restit. in integr.*

64) Man sehe den 5. Th. dieses Commentars §. 439. S. 442.

65) ODDUS Tr. de. Restitut. in integr. P. I. Qu. 20. Art. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 830. Schmids hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien 2. Band Nro. II. S. 7. ff.

66) *L. 5. Cod. de tempor. in integr. restitut.*

67) ODDUS c. l. Art. I. nr. 5. sq. und KOCH Diss. de praescriptione restitutionis in integrum §. 3. pag. 23.

b) Wenn ein minderjähriger suus heres sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hat, so kann er, wenn auch die vier Jahre, binnen welchen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden kann, schon verflossen sind, doch noch binnen andern drey Jahren die geschehene Abstinenz widerrufen, und mittelst der Restitution die väterliche Erbschaft erhalten [68]).

II) In Ansehung der Erben eines Minderjährigen ist ein Unterschied zu machen, ob der Erblasser während der Minderjährigkeit gestorben ist, oder nach erreichter Volljährigkeit.

1) Ist der Erblasser während der Minderjährigkeit gestorben, so geht das ganze quadriennium auf den Erben über, und dieses läuft,

a) wenn der Erbe majorenn ist, von der Zeit an, da derselbe die Erbschaft angetreten oder die bonorum possessionem erhalten hat [69]); wenn hingegen

b) der Erbe noch minderjährig ist, so wird es erst von der Zeit an gerechnet, da derselbe majorenn geworden ist [70]).

2) Starb der Minderjährige nach erreichter Volljährigkeit, so kann der Erbe nur noch binnen der Zeit die Restitution suchen, die seinem Erblasser zu diesem Zweck

68) *L. ult. Cod. de. repud. vel abstin. heredit.*

69) *L. 5. §. 3. Cod. de tempor. in integrum restitut.*

70) *L. 19. D. h. t. L. 5. §. 1. Cod. de tempor. in integr. restitut.*

Zweck noch übrig war[71]); und dieser Rest des quadriennii kommt

a) einem volljährigen Erben von Antretung der Erbschaft an zu gute[72]);

b) wenn aber der Erbe noch minderjährig ist, so vollendet selbiger erst von da an seinen Lauf, da der Erbe die Majorennität erreicht hat[73]).

§. 464.

Was muß bey der Restitution der Minderjährigen bewiesen werden?

Wenn aus dem Grunde der Minderjährigkeit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird, so muß der Richter untersuchen, ob auch die Sache zu einer Restitution geeigenschaftet sey. Der Gegentheil muß daher mit seinen Einwendungen gehört werden. Sucht also der Minderjährige die Restitution gegen die Antretung einer Erbschaft, so müssen die Gläubiger des Erblassers vorgeladen, und dagegen gehört werden[74]). Dem Imploranten liegt nun zu beweisen ob,

I) daß das Geschäft, wowider die Restitution gesucht wird, noch während der Minderjährigkeit geschlossen worden sey. Die Minderjährigkeit kann auf mancherley Art bewiesen werden;

71) *L. 5. §. 2. Cod. eodem.*

72) POTHIER Pand. Iustinian. Tit. de Restitutionibus in integr. Nr. VII. Cas. 4. und KOCH Diss. de praescriptione restitutionis in integrum. §. 3. pag. 24. nr. IV.

73) *L. 19. D. h. t.*

74) *L. 29. §. 2. D. h. t.*

a) durch Zeugen, die bey der Geburt des Minderjährigen gegenwärtig waren, z. B. Hebammen, oder die doch wenigstens von der Geburtszeit desselben Wissenschaft haben, wie z. B. die Nachbaren, Taufpathen, Domestiquen, welche zur Zeit der Geburt im Dienst der Eltern standen, a. a.[75]). Ob auch das Zeugniß der Mutter des Minderjährigen zulässig sey? ist unter den Rechtsgelehrten streitig. *Franc. de* CALDAS[76]) läugnet dieses. ODDUS[77]) hingegen behauptet, wenn das Zeugniß der Mutter noch durch die eidliche Aussage eines andern glaubwürdigen Zeugen unterstützt wird, so sey ein vollkommener Beweis vorhanden. Diese Meinung nimmt auch Mascard[78]) an; und sie läßt sich durch den Ausspruch des Terentius Clemens[79]): etiam matris professio filiorum recipitur, um so mehr rechtfertigen, da auch nach dem kanonischen Recht[80]) das Zeugniß der Eltern in solchen Fällen überhaupt für zulässig gehalten wird, wo es auf den Beweis behaupteter Thatumstände ankommt, die ihnen eben darum, weil sie die nächs-

75) DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 15. und besonders *Io. Christph. Ge. de* HEDEMANN Diss. de auxilio, quod aetati impertitur, s. de restitutione minorum. *Goett.* 1751. §. 29.

76) Commentar. ad L. *Si curatorem habens* Cod. de in integrum restitut. minor. (in *Tractatuum de in integr. Restitutionibus* Tom. IV.) verb. *minoribus* nr. 13. pag. 231. sq.

77) De Restitutionibus in integrum P. I. Quaest. 37. Art. 5.

78) Conclusiones Probationum. Concl. DCLXIX. nr. 7. sqq. Vol. II. pag. 187.

79) *L. 16. D. de probat.*

80) *Cap. 3. X. qui matrimon. accus. poss. Cap. 22. X. de testibus.*

nächsten Verwandten sind, besser, als fremden Personen, bekannt seyn müssen [81]).

b) Durch Documente, und zwar

1) öffentliche. Dahin gehören Auszüge aus Tauf- und Kirchenbüchern. Es kann jedoch der Beweis der Minderjährigkeit durch den kirchlichen Taufschein gewöhnlich nur alsdann geführt werden, wenn es nicht gerade auf den Beweis der Stunde der Geburt ankommt, weil selten die Geburtszeit eines Kindes in den Taufbüchern bemerkt wird, und wenn dies auch geschieht, so hat doch der Pfarrer hiervon nur ex relatione aliorum seine Wissenschaft, und ist daher in Ansehung dieses Umstandes blos als ein testis de auditu anzusehen [82]).

Bey den Römern mußten die Eltern nach einer gewissen Verordnung des K. Marcus Aurelius Antoninus ihre neugebornen Kinder binnen dreyßig Tagen, von Zeit ihrer Geburt an gerechnet, bey den Praefectis aerarii Saturni angeben. Ein gleiches geschahe in den Provinzen bey den Tabulariis publicis [83]). Diese Acten sollten nun zwar eigentlich und hauptsächlich dazu dienen, um die freye

81) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 12. und Lib. XXII. Tit. V. §. 29. PUFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 16.

82) *I. H.* BOEHMERI ius parochiale Sect. IV. cap. I. §. 30. und SCHAUMBURG Compend. iur. Digestor. h. t. §. 2. in fin.

83) *Iul.* CAPITOLINUS *in Marco* cap. 9. BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. I. cap. 5. HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. 14. §. 4. pag. 266.

Geburt eines Römers daraus zu erweißen [84]); doch konnten sie auch allerdings zum Beweis des Alters gebraucht werden [85]). Da indessen der Fall vorkommen konnte, daß die Eltern zuweilen aus Rache und Haß gegen einander auch offenbare Unwahrheiten angaben, wie das Beyspiel bey Scävola [86]) lehrt, so war hier wenigstens der Beweis des Gegentheils nicht zu verwerfen [87]).

2) Privatdocumente. Dahin gehören z. B. Gevatterbriefe, und schriftliche Aufzeichnungen der Eltern, z. B. in der Haus-Bibel, welche, wenn sie besonders erst nach dem Tode der Eltern producirt werden, und übrigens unverdächtig sind, allen Glauben verdienen [88]).

c) Der Beweis hingegen, der blos durch Anschauen des Körpers, und dessen äussere Gestalt und Beschaffenheit geführt wird, ist trüglich [89]), und kann wenigstens alsdann gar nicht in Betrachtung kommen, wenn die Restitution erst nach erreichter Volljährigkeit gesucht wird [90]).

Hier-

84) CAPITOLINUS sagt a. a. O. *ut si forte aliquis in Provincia natus causam liberalem diceret, testationes inde ferret.*

85) *L. 2. §. 1. D. de excusat. L. 13. D. de probat. L. 2. C. de his qui ven. aetat. impetrar.* DOMPIERRE h. t. §. 18. VOET ad Pand. h. t. §. 12.

86) *L. 29. §. 1. D. de probat.*

87) *L. 14. Cod. de probat. Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diss. VII. §. 14.

88) MASCARDUS de Probationibus Vol. II. Conclus. DCLXX. VOET ad Pand. h. t. §. 12. de HEDEMANN cit. Diss. §. 30.

89) *L. 32. D. h. t.* CALDAS in Comm. ad L. 3. Cod. de in integr. restit. minor. verb. *minoribus* nr. 4. sqq.

90) DOMPIERRE h. t. §. 14.

Hiernächst muß

II) auch die Läsion, und daß dieselbe aus dem Geschäft herrühre, wowider die Restitution gesucht wird, ebenfalls erwiesen werden [91]), insofern nicht das Geschäft ein solches ist, dessen nachtheilige Folgen, auch ohne weitern Beweis, einleuchten, wie schon an einem andern Orte [92]) bemerkt worden ist. Jedoch ist auch hier der Beweis des Gegentheils nicht ausgeschlossen [93]).

§. 465.

Wer hat noch sonst die Rechte der Minderjährigen?

Nach dem Beyspiel der Minderjährigen genießen eine gleiche Restitutionswohlthat

1) diejenigen Personen, welche zwar schon majorenn sind, aber doch wegen ihres körperlichen oder Seelenzustandes sich ausser Stand befinden, ihr Vermögen selbst zu verwalten, und daher unter der Curatel stehen. Dahin gehören Taub- und Stummgebohrne, Wahnsinnige, und die diesen sonst gleichgeachtet werden [94]). Keinesweges aber Frauensperſonen [95]), als solche, auch nicht Witwen [96]).

91) MASCARDUS Vol. II. Concl. DCCCCLXII.

92) S. den 5. Th. dieses Comment. §. 438. S. 430. f.

93) *de* HEDEMANN cit. Diss. §. 38.

94) Arg. *L. 8. §. 2. L. 11. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt. L. 15. §. 1. D. de curat. furios. L. 3. C. de restit. in int. minor.* VOET h. t. §. 55. DOMPIERRE h. t. §. 102.

95) DOMPIERRE c. l.

96) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXI. med. 9.

2) der Staat [97]), und nach der Praxis alle andere Gemeinheiten, z. B. Städte, Dorfschaften, Handwerkszünfte, und andere erlaubte Collegien; weil sie sich mit den Minderjährigen in sofern in gleicher Lage befinden, daß sie ihre Güter auch durch andere müssen verwalten lassen [98]).

3) Kirchen, und andere pia corpora [99]).

4) der Fiskus [100]).

Ich bemerke hier noch folgendes.

a) Den hier genannten moralischen Personen kommt die Restitutionswohlthat zu, wenn auch der Implorat, wider welchen die Restitution gesucht wird, ebenfalls eine moralische Person seyn sollte [1]). Sie wird daher einer Kirche auch wider eine andere Kirche ertheilt [2]).

b) Das

97) *L. 3. C. de iure Reipubl. L. 4. C. Quib. ex cauſ. major.*

98) GAIL Obſervat. Lib. II. Obſ. 26. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. III. Obſ. 74. HOMMEL Rhapſod. Quaeſtion. for. Vol. II. Obſ. 317. *Tob. Iac.* REINHARTH Diſſ. de reſtitutione in integrum univerſitatis. Erf. 1733. §. 23. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 832.

99) *Cap. 1. 3. et 6. X. de in integr. reſtitut. Cap. 11. X. de reb. eccleſ. alienand.*

100) WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. VII. Obſ. 87. CANNEGIESSER Deciſion. Haſſo-Caſſel. Tom. I. Deciſ. 4. HOMMEL Rhapſod. Quaeſt. for. Vol. II. Obſ. 322.

1) REINHARTH cit. Diſſ. §. 37.

2) *Cap. 3. et 5. X. de reſtitut. in integr. Cap. 1. et 2. eod. in 6to.*

b) Das quadriennium, binnen welchem die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden muß, fängt bey diesen Personen von der Zeit zu laufen an, da sie den erlittenen Schaden in Erfahrung gebracht haben [3]).

3) *Cap. 1. de restitut. in integr. in 6to. Clem. un. eodem.* CARPZOV Responsor. iur. Lib. II. Resp. 96. nr. 12. et 13. BOEHMER Iur. Eccles. Protest. Tom. I. Lib. I. Tit. 41. §. 9. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. II. Obs. 324. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. l. c. §. 832. in fin.

Lib. IV. Tit. V.

De capite minutis.

§. 466.

Die Wiedereinsetzung der Gläubiger wegen der Kapitisdeminution ihres Schuldners findet h. z. T. nicht mehr Statt.

Die vierte Ursache der prätorischen Restitution ist die capitis deminutio. Da von der Kapitisdeminution und ihren Wirkungen schon an einem andern Orte [4]) ausführlich gehandelt worden ist, so bemerke ich hier nur, daß bey dieser Restitution eine capitis deminutio minima vorausgesetzt wird. Hatte nämlich ein Schuldner eine solche Kapitisdeminution, es sey durch Adoption, oder durch Emancipation, erlitten, so erloschen dadurch die bürgerlichen Verbindlichkeiten aus Contracten dergestalt, daß nach dem strengen Rechte keine Klage gegen ihn weiter Statt hatte. Denn die Feyerlichkeit des Scheinverkaufs und der damit verknüpften Manumission, mit welcher ehemals die Adoption und die Emancipation bey den Römern geschahe, versetzte denjenigen, der hierdurch eine Kapitisdeminution erlitte, in eine *causam servilem imaginariam*, wie Paulus [5]) sagt; und mit dieser konnte keine obligatio civilis bestehen. Weil nun den Gläubigern kein Rechtsmittel zustand, eine solche Kapitisdeminution zu verhindern, so hielt es der Prätor für billig, denselben ihre verlohrne Forderungen zu restituiren. Der Capite minutus selbst konnte sich jedoch

4) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 128.

5) *L. 3. §. 1. D. h. t.*

doch diese Restitution eben so wenig zu Nutze machen [6]), als derjenige Gläubiger, der seinen Schuldner selbst adoptirt hatte [7]). Denn beyde hatten in den Verlust ihrer Rechte gewilliget. Wie konnten sie also die Restitution wegen eines Schadens verlangen, an dem sie selbst Schuld waren?

Heutiges Tages ist diese Restitution ausser allem Gebrauch, weil der Grund derselben wegfällt, indem so wenig die Adoption als die Emancipation eine causam servilem imaginariam weiter zur Folge hat [8]).

6) VOET ad Pand. h. t. §. 3. ist zwar anderer Meinung, allein *Anton.* FABER in Rational. ad L. 8. D. h. t. und DOMPIERRE h. t. §. 12. haben das Gegentheil gezeigt.

7) *L. 2. §. 4. D. h. t.*

8) COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 2. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. *x.* pag. 378. DOMPIERRE h. t. §. 16. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 848.

Lib. IV. Tit. VI.

Ex quibus cauſis maiores viginti quinque annis in integrum reſtituuntur.

---

§. 467.

Von welcher Reſtitution iſt hier die Rede? Was heißt Abſentia? wie wird ſie eingetheilt?

Obgleich eine Perſon, welche majorenn iſt, aus mancherley Urſachen die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erhalten kann, ſo hat doch der Prätor in dem Edict, welches in dieſem Titel erkläret wird, blos von derjenigen Urſache gehandelt, da Jemand entweder wegen ſeiner eigenen Abweſenheit, oder wegen der Abweſenheit ſeines Gegners, die ihn auſſer Stand ſetzte, ſein Recht zu verfolgen, einen Verluſt deſſelben erlitten hat. Schon Terrenz [9]) gedenkt dieſer Reſtitution, und der Urheber derſelben iſt der Prätor Publicius [10]).

Das Wort Abweſenheit (*abſentia*) wird hier nicht in der Bedeutung, wie in der Lehre von der Verjährung, genommen [11]); ſondern Abweſend heißt hier in der Materie

9) In *Phormione* Act. II. Sc. IV. v. 9.

— — — — *Mihi*
Sic hoc videtur: quod TE ABSENTE *hic filius*
Egit, RESTITUI IN INTEGRUM *aequum eſt et bonum:*
Et id impetrabis —.

10) *L. 35. pr. D. de obligat. et action. §. 3. et 4. I. de Action.* BIENER Hiſtoria iur. civ. de Reſtitutionibus in integrum. Cap. V. pag. 22.

11) S. *Pet. de* TOULLIEU Diſſ. de praeſentia et abſentia; in EIUS *Collectaneis iur. civ.* Diſſ. XVIII. pag. 408. ſqq.

terie von der Restitution derjenige, der sich an dem Orte, wo er seinen beständigen Wohnsitz hat, zu der Zeit, da etwas zu seinem Nachtheil vorgeht, entweder wirklich nicht befindet [12]), oder wenn er auch an diesem Orte dem Körper nach gegenwärtig ist, dennoch, gewisser factischer Hindernisse wegen, sich ausser Stande befindet, sein Recht wider seinen Gegner vor Gericht zu verfolgen [13]). So wird z. B. derjenige im rechtlichen Sinne für abwesend gehalten, der an dem Orte, wo er sein Domicilium hat, im Gefängniß sitzt, oder wegen Wahnsinns, oder seiner Krankheit oder Armuth wegen, und weil es ihm an den nöthigen Kleidungsstücken fehlt, um seine Blöße zu bedecken, verhindert wird, im Publikum zu erscheinen, und sein Recht vor Gericht geltend zu machen, oder der deswegen nicht an dem Orte belangt werden kann [14]). Daher ist nun die Abwesenheit

1) entweder eine wahre, oder eine rechtlich fingirte.

2) Entweder eine ordentliche, wenn Jemand sich an einem fremden Orte nicht befindet, wo er sein Domicilium nicht hat; oder eine ausserordentliche, wenn Jemand sich an seinem Wohnorte nicht befindet. Erstere ist ordentlicher Weise kein Grund der Restitution [15]), weil hier

12) *L. 32. D. h. t. L. 173. §. 1. et L. 199. D. de Verbor. Signif. L. 7. Cod. de incolis.* DOMPIERRE h. t. §. 4.

13) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 850.

14) *L. 10. L. 22. §. 2. D. h. t. L. 209. D. de Verb. Signif. L. 124. §. 1. D. de div. Reg. iur.*

15) MENCKEN Doctr. de actionib. for. Sect. I. Cap. II. Membr. 3. §. 6.

hier schon die Gesetze die Verjährungszeit verdoppelt haben [16]). Zuweilen kann zwar auch hier Restitution Statt finden, wenn man beweisen kann, daß man wegen der grossen Entfernung von einem fremden Orte ohne alle seine Schuld einen beträchtlichen Verlust erlitten habe [17]). Allein dies ist mehr eine Restitution *ex clausula Praetoris generali* [18]).

3) Die *absentia extraordinaria*, welche eigentlich bey dieser Restitution, von welcher wir hier reden, vorausgesetzt wird, ist nach Verschiedenheit ihres Grundes wieder sehr verschieden. Sie kann nämlich entweder *necessaria* oder *voluntaria* seyn, je nachdem Jemand entweder aus einer nothwendigen oder aus einer freywilligen Ursache abwesend ist.

4) Die *absentia necessaria* ist wieder entweder

a) *laudabilis*, wenn Jemand in öffentlichen Geschäften, und zum Nutzen des Staats, abwesend ist, wie z. B. Gesandten und Soldaten, nebst ihren Weibern [19]). Ueberhaupt werden alle Soldaten, wenn sie an dem Orte sich befinden, wo es ihr Dienst erfordert, für solche gehalten, qui *reipublicae causa* absunt, weil sie die Fahne, so wie ihren Posten, nicht verlassen dürfen [20]). Hierher gehören auch

16) *L. ult. C. de praescr. longi temp.* Schmidts theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 2. Th. §. 442. S. 224.

17) LEYSER Medit. ad Pand. Spec. LXIII. med. 7.

18) MADIHN ad *Menkenii* Doctr. de action. not 170.

19) *L. 8. D. h. t. Tot. Tit. Cod. de Restitut. milit. et eor. qui reipubl. caus. absunt. L. 1. C. de uxorib. militum.*

20) *L. 45. D. h. t.* Soldaten, welche Urlaub haben, und zu Hause sich befinden, sind daher nicht reipublicae causa abwesend.

auch alle diejenigen, die aus Pflicht dem Kriegsheer folgen müssen, z. B. Feldscherer und Chirurgen [21]). Oder

b) *vituperabilis*, wenn Jemand sich vermöge eines richterlichen Urteils wegen eines begangenen Verbrechens von seinem Wohnsitz entfernen muß, z. B. er ist des Landes verwiesen worden [22]). Oder sie ist

c) *indifferens*, wenn Jemand zwar nicht zum Besten des Staats, aber doch entweder aus einer nicht zu mißbilligenden, oder wenigstens nicht imputabeln Ursache abwesend ist. Z. B. es ist Jemand wegen einer gegründeten Furcht für Lebens- oder Leibesgefahr, oder weil er in die Gewalt der Räuber gerathen, oder zur Ablegung eines Zeugnisses in einer Proceßsache vor ein auswärtiges Gericht gefordert worden ist, abwesend [23]).

5) Die *absentia voluntaria* kann ebenfalls entweder

a) *laudabilis* seyn, wenn deren Ursache die Gesetze billigen; z. B. es ist Jemand Studirens halber abwesend [24]); oder

b) *vituperabilis*, deren Ursache die Gesetze mißbilligen; z. B. wenn Jemand Schulden wegen entwichen, oder aus Ungehorsam ausgetreten ist, um einen an ihn ergangenen rich-

send. *L. 34. D. h. t. L. 35. §. 9. D. eod. L. 1. D. de re milit.*

21) *L. 33. §. 2. D. h. t. Io. Andr.* FROMMANN Diss. de his, qui reipublicae causa absunt. *Tubingae* 1670.

22) *L. 26. §. 1. L. 40. §. 1. D. h. t.*

23) *L. 2. §. 1. L. 3. L. 9. L. 26. §. ult. D. h. t. L. 2. et L. ult. Cod. eodem.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

24) *L. 28. pr. D. h. t.*

richterlichen Befehle nicht zu befolgen; oder ein Soldat ist desertirt, oder ein Ehemann hat böslich seine Frau verlassen [25]). Oder

c) *indifferens*, wenn Jemand bloß um seines eigenen Gewerbes und Vortheils willen abwesend ist [26]).

§. 468. u. 469.

Wenn findet die Restitution wegen der eigenen Abwesenheit dessen Statt, welcher sie sucht.

Wenn nun Jemand durch Abwesenheit Schaden gelitten hat, weil er dadurch verhindert wurde, sein Recht zu verfolgen, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

I) Er ist durch seine eigene Abwesenheit in Schaden gekommen. In diesem Falle muß auf den Grund der Abwesenheit gesehen werden. Es kann

1) seyn, daß er aus Nothwendigkeit abwesend war. Hier unterscheide man, ob die Ursache der Abwesenheit lobenswürdig oder indifferent, oder tadelhaft war. In dem erstern und andern Falle wird der Abwesende restituirt, er mag einen Procurator hinterlassen haben, oder nicht [27]); es wäre denn, daß er von dem Procurator, den er bestellet hatte, hinlänglich entschädiget werden könnte; in diesem Falle findet das Restitutionsgesuch

25) *L.* 2. §. 8. *D. Si quis caut. iudic. sist. cauſ. fact. non obtemp. L.* 14. *D. h. t.*

26) *L.* 42. *D. h. t.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 851.

27) *L.* 26. §. *ult. D. h. t.*

ſuch nicht Statt [28]). In dem dritten Falle hingegen wird er nicht reſtituirt, weil er einen Procurator hätte hinterlaſſen ſollen [29]). Könnte ihm jedoch in dieſer Rückſicht keine Schuld beygemeſſen werden, z B. es war dem Relegirten nicht einmal ſo viel Zeit gelaſſen, um einen Sachwalter ſeiner Geſchäfte wegen beſtellen zu können, oder derjenige, den er hinterlaſſen hatte, iſt geſtorben; ſo kann auch ein ſolcher Abweſender die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erhalten [30]).

2) War

28) *L. 39. D. h. t.* Is, qui reipublicae cauſa affuturus erat, ſi procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens reſtitui, non auditur. Gewöhnlich verſteht man zwar dieſes Geſetz von der Reſtitution eines Gegenwärtigen wider einen Abweſenden. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. pag. 127. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Diſput. XI. Th. 17. lit. A. pag. 445. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora Ex. VI. §. 8. pag. 157. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 853. not. c. Allein daß dieſe Erklärung ganz unrichtig ſey, fällt in die Augen, und iſt auch ſchon von *Ant.* FABER in Rational. ad L. 39. D. h. t. gezeigt worden. Es iſt daher richtiger von dem Falle zu verſtehen, wenn der Abweſende von ſeinem Procurator hinlängliche Entſchädigung erhalten kann. S. VOET Comment. h. t. §. 4. und *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Digeſt. h. t. §. 18. Anderer Meinung iſt DOMPIERRE h. t. §. 13. welcher die *L. 26. §. ult. D. h. t.* von einem procuratore extraiudiciali ad negotia, die *L. 39. D. eod.* aber von einem procuratore iudiciali ad lites verſteht.

29) *L. 26. §. 1. D. h. t.*

30) *L. 40. §. 1. D. eod.* VOET ad Pandect. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 14.

2) War Jemand freywillig abwesend, so kommt es wieder darauf an, ob die Ursache der Abwesenheit lobenswürdig, oder indifferent, oder verwerflich ist. In dem ersten und andern Falle wird er nach Beschaffenheit der Umstände und dem billigen Ermessen des Richters restituirt [31]). Es ist nämlich darauf zu sehen, ob er einen Procurator hinterlassen hat, oder nicht; in dem ersten Falle muß er sich eigentlich zunächst an diesen halten, und wird nur dann restituirt, wenn dieser entweder insolvent, oder ausser aller Schuld ist, z. B. der Procurator war unterdessen gestorben, oder in Wahnsinn verfallen [32]). Hat er keinen Procurator hinterlassen, so kann er nur dann auf Restitution Anspruch machen, wenn ihm wegen dieser Unterlassung keine Schuld beyzumessen ist [33]). Denn auch der Studierende hat hierinn vor dem Kaufmann nichts zum Voraus. Einer ist wie der Andere verbunden, zur Besorgung seiner Angelegenheiten während seiner Abwesenheit einen Anwald zu bestellen [34]). In dem dritten Falle, wenn die causa vituperabilis ist, so wird er nicht restituirt, weil er, seines Vergehens wegen, dieser Rechtswohlthat unwürdig ist, und sich auch überdem den Schaden durch seine eigene Schuld zugezogen hat [35]).

§. 470.

31) *L. 28. pr. D. h. t.* BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 4.

32) *L. 28. cit.*

33) *L. 16. C. h. t.*

35) VOET Comment. h. t. §. 5. Anderer Meinung ist zwar FRANTZKIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. §. III. nr. 15. Allein man sehe *Ant.* FABER Rational. L. 28. pr. D. h. t

35) Arg. *L. 14. D. h. t.* et *L. 37. §. 1. D. Minoribus.*

§. 470.

Wenn findet die Reſtitution wegen der Abweſenheit desjenigen Statt, wider welchen dieſelbe geſucht wird.

II. Iſt Jemand durch die Abweſenheit ſeines Gegners verletzt worden, gegen den er reſtituirt ſeyn will; ſo kommt zwar die Art der Abweſenheit hier nicht in Betrachtung. Die Reſtitution wird ihm daher ertheilt, ohne Unterſchied, die abſentia ſey eine neceſſaria oder voluntaria, ſie ſey eine honeſta, oder vituperabilis [36]). Es wird aber doch, wenn in dieſem Falle die Reſtitution Statt finden ſoll, vorausgeſetzt,

1) daß der Abweſende weder einen Procurator hinterlaſſen, noch auch, auf die geſchehene Erkundigung des Gegenwärtigen, unter den Verwandten und Freunden des Abweſenden ſich ein freywilliger Defenſor gefunden habe, der ſich ſeiner angenommen hätte. Denn ſollte der Abweſende einen Procurator hinterlaſſen, oder ſich ein Defenſor gefunden haben, ſo fällt die Reſtitution weg, wenn der Gegenwärtige gegen dieſen ſein Recht nicht verfolgt hat, weil er hier durch ſeine eigene Schuld den Schaden leidet [37]).

2) Es muß ſich auch der Gegenwärtige nicht etwa ſchon des remedii proteſtationis ex L. 2. Cod. de annali exceptione bedient haben. Juſtinian verordnet nämlich in der angeführten *L.* 2. daß wenn ein Abweſender, der keinen Procurator hinterlaſſen hat, ſich in dem Falle

36) *L.* 21. *pr. et* §. 1. *D. h. t. L.* 22. §. 2. *D. eodem.* VOET h. t. §. 2. und LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 11.

37) *L.* 21. §. 2. *L.* 22. *L.* 21. §. 3. *D. h. t.*

befindet, etwas von meinen Sachen zu verjähren, ich vor dem Richter des Orts, wo der Abwesende sein Domicilium hat, oder in dessen Ermangelung vor einem Notar, oder, wenn auch dieser nicht zu finden wäre, vor drey Zeugen eine öffentliche Protestation einlegen, und dadurch den Lauf der Verjährung hemmen kann. Es wird jedoch in dem letztern Falle ausdrücklich erfordert, daß man die Protestationsschrift von den drey Zeugen unterschreiben lasse [38]). Mehrere Rechtsgelehrte [39]) wollen zwar mit dem Verfasser behaupten, daß durch diese Verordnung des Krs Justinian die Restitutionswohlthat wegen der durch die Abwesenheit des Gegners geschehenen Verjährung aufgehoben sey, weil demjenigen, welcher durch das remedium protestationis sein Recht hätte erhalten können, ohnstreitig eine Nachläßigkeit beyzumessen sey, daß er sich desselben nicht bedient hat. Der Kaiser zeige dieses selbst nicht undeutlich an, wenn er sagt, er habe dieses Rechtsmittel aus dem Grunde verordnet: ut nemini absentia adversarii sui noceat, *sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia.* Man sucht diese Meynung noch mehr dadurch zu bestärken, daß in dem §. 5. *I. de Actionib.* nur von der Restitution der

38) Ein Formular von einer solchen Protestationsschrift findet man bey BOEHMER in Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. II. §. 23. not. zz); und bey MENCKEN Introd. in doctr. de actionibus for. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 9.

39) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XI. Th. 17. lit. A. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 1. VINNIUS Comment. ad §. 5. I. de Actionib. nr. 3. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 7. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 2. *Mich. God.* WERNHER lectiss Comment. in Pandect. h t. §. 2. DOMPIERRE Spec. de Restit. in integr. h. t. §. 28. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 446. u. a. m.

der Abweſenden wider Gegenwärtige die Rede ſey, ohne Zweifel ſey aber in den Inſtitutionen der Reſtitution der Gegenwärtigen wider Abweſende darum nicht mehr gedacht worden, weil ſie durch die *L.* 2. *C. de ann. except.* aufgehoben worden ſey. Denn wenn gleich dieſe Verordnung kein Datum habe, ſo ſey doch dieſelbe wahrſcheinlich im Jahr 530. oder 531. promulgirt worden, und vielleicht für einen Theil der *L.* 3. *Cod. eodem* zu halten, folglich älter als die Inſtitutionen [40]). Allein die meiſten Rechtsgelehrten [41]) ſtimmen dennoch aus bündigern Gründen für die entgegengeſetzte Meinung. Denn 1) findet ſich in der *L.* 2. *C. de ann. except.* nichts von einer Abänderung des ältern Rechts; nun aber wird ein abändernd. des Geſetz nicht vermuthet, es iſt auch gar nicht wahrſcheinlich, daß Juſtinian ſo viele Geſetze, die von der

40) Dieſen Grund braucht vorzüglich DOMPIERRE pag. 412.

41) ODDUS Tr. de Reſtitut. in integr. P. I. Qu. XII. Art. 4. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. ad L. 2. C. de ann. except. pag. 711. *de* BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. II. Th. 34. Not. 17. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 12. et 13. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. BRUNNEMANN Comm. ad L. 22. D. h. t. n. 3. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Dig. h. t. §. 47. et 48. HEINECCIUS Elem. iur. civ. ſec. ord. Pandect. h. t. §. 526. *God. Lud.* MENCKEN Introd. in doctr. de action. for. Sect. I. Cap. II. Membr. 3. §. 11. et *Lud. Godofr.* MADIHN ad *Eundem* not. 173. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. II. §. 27. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 852. Höpfner Commentar über die Heineccischen Inſtitutionen §. 407. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 2. Bd. Medit. 57. und beſonders *Chriſt.* HARTMANN Commentat. de L. 2. Cod. de ann. except. actionem reſciſſoriam non tollente. *Lipſiae* 1744.

Restitution der Gegenwärtigen wider Abwesende sprechen, auf einmal habe aufheben wollen, ohne dieser Abänderung auch nur mit einem Worte zu gedenken. 2) Hat Justinian durch Einführung des Rechtsmittels der Protestation nur bloß eine Cautel an die Hand geben wollen, um eine bevorstehende Verjährung zu verhüten, und den Schwierigkeiten vorzubeugen, die mit der Wiederaufhebung derselben verbunden sind. Dies zeigen die Anfangsworte jener Verordnung ganz deutlich: Ut *perfectius omnibus consulamus*, — sancimus, si quando abfuerit is, qui res alienas detinet, et desiderat dominus rei suam intentionem proponere, *licentia ei detur*, adire Praesidem provinciae etc. Aus diesen ergiebt sich, daß es der Willkühr des Eigenthümers überlassen seyn solle, ob er von dem Rechtsmittel der Protestation Gebrauch machen will oder nicht. Keinesweges aber läßt sich daraus schliessen, daß, wer diese Protestation unterläßt, sich alsdann auch auf den Beystand des Prätors keine weitere Rechnung machen dürfe. Man kann auch 3) demjenigen, welcher sich jenes Rechtsmittels nicht bedient hat, keine solche Nachläßigkeit beymessen, weswegen sonst die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bey Volljährigen nicht Statt findet [42]). Denn wenn man unter zwey Rechtsmitteln die Wahl hat, so ist noch nichts versäumt, wenn man das eine darum unterließ, weil man wußte, daß noch ein anders übrig sey, wodurch man noch vollkommener zu seinem Zweck gelangen könne; dessen nicht einmahl zu gedenken, daß es Fälle geben kann, wo der Eigenthümer, vielleicht weil er von seinem Recht nichts wußte, auch nicht einmahl von jenem Rechtsmittel der Protestation Gebrauch machen konnte. Nun ist zwar 4) nicht

42) *L. 16. D. h. t.*

4) nicht zu läugnen, daß Justinian durch Einführung dieses Rechtsmittels insonderheit für diejenigen gesorgt habe, die aufmerksam auf ihre Sachen sind. Es ist indessen auch dieses unserer Behauptung nicht entgegen. Denn das ist freylich richtig, daß man mittelst der Protestation ex L. 2. C. de annali exceptione den Verlust eines Rechts mit leichter Mühe verhüten kann, welches man nachher erst durch den Umweg der Restitution wieder zu erlangen suchen muß. Nur in dieser Hinsicht sagt Justinian, er habe jenes Rechtsmittel eingeführt, ut nemini absentia *penitus* adversarii sui noceat, sed *sit aliqua inter desides et vigilantes differentia.* Wie wenig aber Justinian deswegen das ältere Recht habe abändern wollen, erhellet endlich noch 5) theils aus den letztern Worten der Verordnung: *Omnibus aliis, quae de longi temporis praescriptione, vel triginta vel quadraginta annorum curriculis constituta sunt, sive ab antiquis legum conditoribus, sive a nostra majestate, in suo robore duraturis*; theils aus dem §. 5. *I. de act.* wo Justinian zur Erläuterung der Rescissorischen Klage gerade einen solchen Fall anführt, wo ein Gegenwärtiger wider einen Abwesenden die Restitution sucht [43]).

Noch ist zu bemerken, daß auch ein Abwesender wider einen andern Abwesenden restituirt werden kann, ja es soll

43) Es ist daher ganz falsch, wenn DOMPIERRE a. a. O. behaupten will, daß in diesem §. 5. *I. de act.* von der Restitution der Abwesenden wider Gegenwärtige die Rede sey. Man vergleiche nur damit des Theophilus griechische Paraphrase. Unbegreiflich ist es also, wie er aus dieser Stelle der Institutionen einen Beweiß für die gegenseitige Meinung hat hernehmen können.

sogar, wie Marcian [44]) sagt, derjenige, welcher Reipublicae causa abwesend gewesen ist, wider denjenigen die Restitution erhalten, welcher gleichfalls in öffentlichen Geschäften abwesend war, wenn er sich mit Recht über erlittenen Schaden beschweren kann. Hier ist indessen nichts besonders zu bemerken, sondern die in den beyden vorigen Fällen vorgetragenen Grundsätze finden hier in Verbindung ihre Anwendung [45]).

§. 470. b.

Wie wird die Restitution ex causa absentiae gesucht?

Um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Abwesenheit zu erhalten, geben die Gesetze ein doppeltes Rechtsmittel; man kann sich einer Klage, aber auch zuweilen einer Einrede bedienen. Letzteres findet Statt, wenn der Abwesende den Besitz seiner Sache, die ein Anderer während seiner Abwesenheit usucopirt hatte, nachher auf eine nicht unerlaubte Art wieder erhalten hat; in diesem Falle kann er sich mit der exceptione rescissoria gegen denjenigen schützen, welcher die Sache vindiciren will [46]). Ja der einmahl wiedererlangte Besitz der Sache ist von der Wirkung, daß wenn ich auch nachher den Besitz wieder verlohren haben sollte, mir doch nunmehr eine actio in rem perpetua wider den Besitzer zusteht [47]).

Die

44) *L. ult. D. h. t.*

45) MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. cit. loc. §. 14. et ad *Eundem* MADIHN not. 178. pag. 75.

46) *L. 28. §. 5. D. h. t.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 129. HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pandect. h. t. §. 525.

47) *L. 31. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 26. Diese actionem in rem perpetuam hält Cujaz Lib. X. Obs.

Die Klage, die in dem Falle angeſtellet wird, wenn man durch ſeine eigene, oder durch ſeines Gegners Abweſenheit in Schaden gekommen iſt, iſt zweyerley;

1) die vorige Klage, welche eigentlich nach dem ſtrengen Civilrecht durch Verjährung erloſchen iſt, aber von dem Prätor wieder hergeſtellet wird, gleichſam als wenn ſie nicht präſcribirt wäre. Dieſe vom Prätor reſtituirte Klage unterſcheidet ſich jedoch von der vorigen Klage darin, daß ſie zugleich auf Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, und Aufhebung der Verjährung gerichtet wird. Daher heißt ſie auch *actio reſtitutoria* oder *reſciſſoria* [48]). Sie iſt ferner nur eine *actio utilis* [49]), und nun auch von kürzerer Dauer, als die nach dem ſtrengen Recht erloſchene Klage [50]). Uebrigens behält ſie ganz die Natur der vorigen Klage. Sie iſt daher entweder eine dingliche oder perſönliche Klage, je nachdem das durch die Verjährung verlohren gegangene Recht ein dingliches oder ein perſönliches Recht war [51]). Inſofern ſie eine *actio in rem* iſt, wird ſie von ihrem Erfinder, dem Prä-

Obſ. 6. für die Publicianiſche Klage. Man ſehe auch *Bern. Henr.* REINOLDI Opuscula iuridica. pag. 262.

48) *L.* 28. §. 5. *D. h. t. L.* 24. *Cod. de Rei Vindicat. L.* 18. *C. de poſtlim. reverſ.* S. *Io. Aug.* SINNER Diſp. de actione reſciſſoria. *Trajecti ad Rhen.* 1697.

49) *L.* 20. *D. h. t. L. fin. Cod. eodem.*

50) *L.* 35. *pr. D. de obligat. et actionib. L.* 3. *Cod. de Reſtitut. militum.* SINNER cit. Diſſ. §. 9. *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. III. c. 16.

51) NOODT Comment. ad Pand. h. t. pag. 129. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 856.

tor Publicius, *actio Publiciana*[52]) genennt, welches vielleicht eben derjenige Prätor ist, von dem auch die Publicianische Eigenthumsklage herrührt. Den Erben des Abwesenden kommt sie sogar in einem gewissen Falle zu statten, wo sie dem Erblasser selbst nicht zustand, nämlich wenn dem letztern während seiner Abwesenheit in öffentlichen Geschäften eine Erbschaft zufiel, und dieser starb, ehe er hiervon Nachricht erhalten hatte. Hier können desselben Erben um Restitution bitten, welche ihrem Erblasser darum nicht zustand, weil er noch nichts verlohren hatte[53]).

Es

52) *L. 35. pr. D. de Obligat. et action. §. 3 — 5. I. de Actionib.* Man führt zwar gewöhnlich auch die *L. 57. pr. D. mandati* als Beweisstelle an, und lieset statt *non utiliter* unter Auctorität der Basiliken und einiger Handschriften *non inutiliter*. S. IAUCHIUS Meditat. crit. de negationibus in Pand. Florentin. Cap. XVI. pag. 248. sq. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Tit. mandati Qu. 18. DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 17. pag. 399. sqq. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 407. Not. 3. Allein daß in diesem Gesetz unter der *actione publiciana*, die daselbst dem Sklavenhändler nach der Florentinischen Leseart abgesprochen wird, nicht die actio rescissoria, sondern die prätorische Eigenthumsklage zu verstehen sey, haben *Bern. Henr.* REINOLDUS in Diss. ad L. 57. D. mandati. Cap. II. §. 19. (in *Opuscul. iurid.* pag. 265.) und *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 1. gezeigt.

53) *L. 30. pr. L. 86. pr. D. de acquir. vel omitt. heredit. Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendation. iur. Rom. Lib. II. cap. 20. pag. 196. Westphals systemat. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft ꝛc. §. 274. S. 148. ff. und DOMPIERRE h. t. §. 20.

Es läßt ſich nicht behaupten, was Böhmer [54]) ſagt, daß die Reſciſſoriſche Klage nicht mehr nöthig ſey, ſeitdem Juſtinian in der L. un. Cod. de uſucap. transform. die Uſucapion und die longi temporis praeſcriptio zuſammen geſchmolzen habe. Denn die bekannte Rechtsregel: *agere non valenti non currit praeſcriptio*, gilt nur von impedimentis iuris, da Jemand vermöge geſetzlicher Verordnung unfähig iſt, ſein Recht zu verfolgen, wie z. B. Minderjährige, ferner Kinder während der väterlichen Gewalt, die Ehefrau während der Ehe u. ſ. w. [55]) Allein impedimenta facti hindern den Lauf der Verjährung nicht [56]). Zu dieſen gehört aber unſtreitig die Abweſenheit [57]). Wäre die Böhmerſche Meinung wahr, ſo würde es ganz unnöthig geweſen ſeyn, daß Juſtinian ein neues Rechtsmittel, den Lauf der Verjährung mittelſt einer Proteſtation zu unterbrechen, einführte [58]).

2) Kann

54) Introduct. in ius Digeſtor. h. t. §. 2. und in Doctrina de actionib. Sect. II. Cap. II. §. 25. not. a. Unter den neuern Rechtsgelehrten ſind dieſer Meinung beygetreten CARRACH in Adnotationib. ad *Boehmeri* doctr. de action. pag. 133. ſq. und *Arn.* ICKEN in Animadverſion. iur. civ. Specim. *Marburgi* 1778. Nr. II.

55) *L. 1. in fin. Cod. de bon. matern. L. 1. §. 2. in fin. Cod. de ann. except. L. 5. Cod. in quib. cauſ. in integr. reſtitut. neceſſ. non eſt. L. 30. C. de iure dot.*

56) S. *Mich.* GRASSI Diſſ. de regula iuris: agere non valenti non currit praeſcriptio. *Tubing.* 1718. und *Io. Andr.* IOACHIM Diſſ. de differentia impedimentorum iuris et facti circa reſtitutionem in integrum. *Lipſiae* 1729.

57) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

58) *L. 2. C. de ann. except.* welche aller Wahrſcheinlichkeit nach in eben dem Jahre 531. wie die *L. un. C. de uſucap. transform.*

2) Kann auch eine neue Klage angestellet werden, welche in dem Falle Statt findet, da der Abwesende eigentlich kein Recht verlohren hat, sondern dadurch in Schaden gekommen ist, daß er einen Vortheil nicht erlangt hat, den er hätte erlangen können [59]). Diese Klage wird *actio institutoria* genennt [60]). Sie setzt jedoch voraus, daß der entgangene Vortheil kein solcher seyn müsse, den man aus der Bestrafung eines Dritten, oder sonst mit dessen Schaden, z. B. aus einer Verjährung, wenn etwa der Besitz durch unsere Abwesenheit, wäre unterbrochen worden, zu erlangen sucht [61]). Z. B. es ist mir ein Vermächtniß für jedes Jahr, da ich mich an meinem Wohnorte aufhalten würde, oder unter der Bedingung, wenn ich zur Zeit des Todes des Testirers gegenwärtig seyn würde, hinterlassen worden. Allein weil ich in öffentlichen Geschäften abwesend seyn mußte, so konnte die Be-

form. ist gegeben worden, wie ich in meinen Opuscul. iurid. Fascic. IV. pag. 73. gezeigt habe. Die Böhmersche Meinung hat auch schon *Christ.* HARTMANN in Diss. de L. 2. Cod. de annali except. actionem rescissoriam non tollente, *Lipsiae* 1744. §. 11. widerlegt.

59) *L. 17. §. 1. L. 41. L. 43. D. h. t.*

60) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 25. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 856.

61) *L. 18. L. 19. L. 20. D. h. t.* Durch diese Gesetzstellen muß die *L. 27. D. eodem* limitirt werden, wo es ganz unbestimmt heißt: Et sive quid amiserit, *vel lucratus non sit*, restitutio facienda est: etiamsi non ex bonis quid amissum est. Vermuthlich haben auch wohl die L. 18. und L. 27. D. h. t. zusammen gehört. Denn beyde sind aus dem nämlichen *Libro XII.* PAULI *ad Edictum* genommen, wie auch NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 126. bemerkt hat.

die Bedingung des Vermächtniſſes nicht exiſtiren. Gegen dieſen Verluſt kann ich Reſtitution erhalten, ſo daß ich mit der actione utili ex teſtamento das Legat von dem fordern kann, dem die Auszahlung im Teſtament iſt auferlegt worden [62]).

Uebrigens iſt die eine Klage, wie die andere, binnen vier Jahren anzuſtellen, welcher Zeitraum von da an gerechnet wird, da das Hinderniß gehoben iſt, und der Verletzte Wiſſenſchaft von ſeiner erlittenen Läſion erhalten hat. Es werden jedoch alle Tage gezählet, ſo wie ſie auf einander folgen [63]). Die exceptio reſciſſoria hingegen iſt auf gar keine gewiſſe Zeit eingeſchränkt, ſondern perpetua [64]).

§. 471.

62) *L. 17. §. 1. D. h. t. L. 41. D. eodem.* DOMPIERRE h. t. §. 21. pag. 405.

63) ODDUS Tr. de Reſtitut. in integr. P. I. Qu. 20. Art. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 857. Man ſehe auch LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 27.

64) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. pag. 129. ſq. Dieſem iſt die *L. ult. Cod. h. t.* nicht entgegen. Denn wenn es daſelbſt heißt: Exemplo utilis actionis, quae in integrum reſtitutis datur, cum *exceptionis annuae*, quae huic obiici ſolet, obiectu res vindicare non prohiberis; ſo iſt hier nicht von der exceptione reſciſſoria die Rede, ſondern vielmehr von derjenigen Einrede, die der actioni reſciſſoriae entgegen geſetzt werden konnte, wenn ſie nicht intra annum war angeſtellet worden, wie NOODT cit. loc. pag. 130. gezeigt hat. Man ſehe auch *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. ult. cit. pag. 119. Anderer Meinung iſt jedoch LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 28.

§. 471.

Von der Restitution *ex clausula Praetoris generali.*

Der Prätor hat dem Edict, worin er wegen der Abwesenheit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versprochen hat, eine allgemeine Clausel beygefügt, welche folgendermaßen lautet: *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges, plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta principum licebit*[65]). Ueber den eigentlichen Sinn dieser Clausel sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Die meisten[66]), denen auch unser Verf. beystimmt, legen ihr einen ganz allgemeinen Sinn bey, und erklären sie von einer jeden andern Ursache, ausser den von Prätor ausdrücklich bestimmten, da Jemand ohne seine Schuld in Schaden gekommen ist. Diese Meinung ist auch in der Praxis angenommen[67]); und sie hat theils die Auctorität Ulpians[68]) für sich,

65) *L. 1. §. 1. in fin. D. h. t.*

66) ODDUS Tr. de Restitut. in integr. P. I. Quaest 8. *Guil. Hieron.* BRÜCKNER Diss. de restitutione in integrum ex clausula Praetoris generali: *Si qua alia mihi iusta causa esse videbitur.* Ienae 1708. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 51—53. *I. H.* BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 5. sqq. SCHAUMBURG Compend. iur. Digest. h. r. §. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 854. u. 855. u. a. m.

67) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. LXIV. MEVIUS P. IV. Decis. 148. n. 14. WERNHER T. I. P. I. Obs. 52. P. III. Obs. 9. et Obs. 212. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. XV. Th. 14. und *Io. Wolfg.* TEXTOR Disp. de restitutione in integrum ex clausula generali. *Altorf.*

68) *L. 26. §. 9. D. h. t.*

ſich, welcher ganz allgemein ſagt: *Quotiens aequitas reſtitutionem ſuggerit, ad hanc clauſulam erit deſcendendum,* theils einige Beyſpiele, die in den Geſetzen ſelbſt von einer ausdehnenden Erklärung jener Clauſel vorkommen[6]). Andere[7]°) hingegen glauben, daß ſie blos von andern Urſachen der Abweſenheit zu verſtehen ſey. Es iſt auch wohl nicht zu läugnen, daß wenigſtens urſprünglich dieſe Clauſel blos auf ſolche cauſas abſentiae ihre Beziehung gehabt habe, die in dem Edict des Prätors, dem ſie beygefügt iſt, nicht ausdrücklich ſind erwähnet worden. Denn Ulpian[71]) erläutert dieſe Clauſel blos von Fällen der Abweſenheit, und es wäre von einem ſolchen practiſchen Juriſten wohl zu erwarten geweſen, daß er wenigſtens ein anderes Beyſpiel angeführt hätte, wenn jene Clauſel wirklich nach der Abſicht des Prätors einen allgemeinen Sinn haben ſollte. Allein er ſetzt vielmehr ſelbſt zur Erklärung hinzu[72]): *Et generaliter, quotiescunque quis ex neceſſitate, non ex voluntate*

69) *L. 1. §. 9. D. de itinere actuque priv. L. 34. §. 1. L. 35. D. de Servit. praed. ruſticor.*

70) CUJACIUS in Paratitl. ad L. 16. et 30. D. h. t. *Ant.* FABER Rational. ad L. 26. §. 9. D. h. t. pag. 638. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 127. ſq. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XI. §. 29. TEXTOR cit. Diſſ. Th. 22. DOMPIERRE Specim. de Reſtitut in integr. h. t. §. 3. pag. 375. ſqq. BIENER Hiſtoria reſtitutionis in integr. Cap. V. pag. 27. ſq. und beſonders *Io. Phil.* FRANCK Diſſ. de reſtitutione in integrum ex clauſula Praetoris generali ultra caſus abſentiae non extendenda. *Erlangae* 1785.

71) *L. 26. §. 9. L. 27. et L. 28. pr. D. h. t. L. 26. §. 1. L. 33. D. eod.*

72) *L. 26. §. 9. in fin. D. h. t.*

tate abfuit, dici oportet, ei subveniendum. Daß man indessen diese Clausel nachher weiter ausgedehnt habe, wenn solches die offenbare Billigkeit erforderte, zeigen die in den Gesetzen der Pandecten hin und wieder vorkommenden Beyspiele einer solchen ausdehnenden Erklärung [73]).

§. 472.

Fälle, wo die Restitution *ex clausula Praetoris generali* nach dem Gerichtsgebrauch ertheilet wird.

Vermöge der allgemeinen Clausel des Prätors wird die Restitution nach dem heutigen Gerichtsgebrauche in folgenden Fällen ertheilt.

1) Wenn eine Parthey durch die Schuld ihres Sachwalters oder Advocaten lädirt worden ist. Z. B. mein Sachwalter hat den Beweistermin verstreichen lassen, und ich habe dadurch den Proceß verlohren. Nach der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten [74]) soll zwar die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur dann Statt finden, wenn der Sachwalter den Schaden zu ersetzen nicht im Stande

73) Den oben in der Not. 69. bereits angeführten Stellen ist noch beyzufügen *L. 7. D. de Restitut. in integr.* Man vergleiche auch *Mich. Frid.* ABEL Observat. iur. (*Wirceburgi* 1788. 8.) Obs. 4.

74) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. III. Tit. 3. §. 58. WERNHER Observat. for. T. I. P. II. Obs. 391. et Tom. II. P. VIII. Obs. 363. CARPZOV Respons. iur. Lib. III. Resp. 4. nr. 5. LEYSER Specim. LXIV. medit. 3. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 5. Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Bed. 52. SCHAUMBURG Compend. iur. Digestor. h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 855. und Tom. III. §. 4308. not. d. u. a. m.

Stande ist, und sich auch dessen Insolvenz, nach geschehener Ausklagung desselben, genugsam ergeben hat. Allein nach der heutigen veränderten Gerichtsverfassung, und der selbstredenden Billigkeit nach läßt sich dieses nur bey Privatsachwaltern behaupten; dahingegen kommt es bey öffentlich approbirten Advocaten und gerichtlichen Procuratoren, auf die sich eine Parthey hat verlassen können, und denen sie auch ihre Sache hat anvertrauen müssen, weil sie vom Staat selbst geprüft und authorisirt worden sind, auf den Unterschied nicht an, ob der Anwald den Schaden zu ersetzen im Stande ist, oder nicht, sondern es kann die durch desselben Schuld in Schaden gebrachte Parthey, ohne ihren Sachwalter vorher erst ausklagen zu müssen, sogleich um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bitten[75]); und dies ist auch der heutigen Praxis gemäß[76]).

2) Wenn Jemand durch eine Handlung des Richters selbst gehindert wurde, sein Recht vor Ablauf der Ver-

75) *Iust. Henn.* BOEHMER in iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 48. von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 1. Th. Bem. 103. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 43. S. 117.

76) MEVIUS P. III. Decis. 29. P. VII. Dec. 286. *de* LUDOLF Observat. for. P. II. Obs. 124. et P. III. Obs. 254. *de* CRAMER Observat. iur. univ. T. II. Obs. 593. *de* CANNEGIESSER Decision. Hasso-Cassell. T. I. Decis. 29. n. 10. et 11. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 81. nr. 10 p. 355. Hoschers Sammlung merkwürdiger am K. Reichskammergericht entschiedener Rechtsfälle 1. Th. (Lemgow 1789.) S. 65. Reuß Beyträge zur neuesten Geschichte der Reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis. 3. Band S. 206. und Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. Band Nr. XLIII. S. 346. ff.

Verjährungszeit gerichtlich zu verfolgen, z. B. weil der Richter außerordentliche Gerichtsferien ansetzte, oder bey Erlassung der Citation an meinen Gegner säumig war, und dadurch mein Recht erloschen ist [77]).

3) Wenn Jemand die Meinung eines berühmten Rechtsgelehrten für sich hat, und sich darnach bona fide gerichtet hat [78]).

4) Wenn Jemand aus Irrthum oder Unwissenheit eines Gesetzes, oder eines Factums in Schaden gekommen ist, und dieser Irrthum der Billigkeit nach Entschuldigung verdient [79]). Z. B. wenn der durch Unwissenheit des Rechts Verletzte eine solche Person ist, der die Gesetze in Ansehung der Unwissenheit des positiven Rechts Nachsicht angedeyen lassen [80]); hierher gehört auch, wenn ein Gläubiger von der Edictalcitation nichts erfahren hat, und daher im Concurs präcludirt worden ist [81]). Es entsteht hierbey die Frage, ob nicht auch gegen den Ablauf einer Verjährung die Restitution vermöge der allgemeinen Clausel wegen der Unwissenheit gesucht werden könne? Mehrere Rechtsgelehrten [82]) wollen dieses zwar behaupten, und

77) *L.* 26. §. 7. *D. h. t.* HOMMEL ad *Menckenii* Doctr. de action. forens. not. 179. pag. 76.

78) LEISER Meditat. ad Pandect. Specim. LXIV. med. 4.

79) *L.* 2. *D. de in integr. restitut.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXIV. §. 34.

80) MADIHN ad *Menckenii* doctr. de actionib. for. not. 181. pag. 76.

81) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

82) *Pet. Fr.* LINGLOIS Comment. ad L. Decision. Iustin. Decis. III. Qu. 6. nr. 4. et Decis. XLIV. Qu. 3. nr. 25. *Sim. Henr.*

MU-

und berufen ſich deshalb auf die Praxis [83]). Allein den Geſetzen iſt dieſe Meinung nicht gemäß, welche gegen eine rechtmäßig vollendete Verjährung wegen der bloßen Unwiſſenheit durchaus keine Reſtitution geſtatten [84]), und eine contraire Praxis läßt ſich auch nicht allgemein beweiſen [85]). Daher wird dieſe Meinung von Andern [86]) mit Recht verworfen.

MUSAEUS in Diſp. de reſtitutione in integrum contra praeſcriptionem ex capite ignorantiae. *Kiloni* 1704. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. u. a. m.

83) GAILIUS Obſervat. Lib. II. Obſ. 19. nr. 18. ſq. MEVIUS P. VII. Deciſ. 174. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 6.

84) *L. un. C. de uſucap. transform. L. ult. Cod. de praeſcript. longi temp. L. 3. et 4. C. de praeſcript. trig. vel quadrag. annor.*

85) Man vergleiche *Io. Balth. L. B. a* WERNHER ſelect. Obſervat. for. T. III. P. II. Obſ. 483. BERGER Reſponſ. P. II. Reſponſ. 234. p. 406. HORN Conſultat. et Reſponſ. Claſ. X. Reſp. 8. p. 566. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. CCCCLVIII. medit. 5. und ſelbſt GAILIUS in novo opere Conſilior. P. I. Conſil. I. nr. 30.

86) Man ſehe *Franc.* SARMIENTI ſelect. Interpretat. Lib. II. cap. 10. pag. 118. BACHOVIUS ad Prota pandect. h. t. cap. IV. n. 8. pag. 1193. ſqq. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 12—15 HUBER Praelection. ad Pand. h. t. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 19. DOMPIERRE Specim. de Reſtitut. in integr. h. t. §. 31. *Guil. Hieron.* BRÜCKNER Diſſ. de reſtitutione in integrum ex clauſula Praetoris generali §. 19. *Io.* WUNDERLICH Diſſ. de reſtitutione in integrum contra praeſcriptionem ex capite ignorantiae non competente. *Ienae* 1754. u. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius. civ. controv. h. t Qu. 4. not. h. pag. 385.

5) Wenn Jemand keinen Advocaten hat bekommen können [87]).

6) Wenn man durch einen unvermutheten Zufall, oder Krankheit verhindert worden ist, etwas zu thun, und durch diese Unterlassung Schaden leidet. Z. B. wenn ein unvermutheter Todesfall in meiner Familie, oder eine Krankheit mich abhält, in dem bestimmten Termin vor Gericht zu erscheinen, und der Richter mich deswegen präcludirt hat. Es muß nur die Krankheit, wegen der man Restitution suchen will, ein morbus sonticus, das ist, eine solche seyn, die einen an der Besorgung seiner Geschäfte hindert [88]).

7) Führt man gewöhnlich auch die rusticitatem als einen Grund an, aus welchem die Restitution, vermöge der allgemeinen Clausel, ertheilt werden könne. Allein der Bauernstand führt ein solches besonderes Recht nicht mit sich. Bauern und andere gemeine Leute können daher nur dann auf diese Restitution Anspruch machen, wenn sie keine Gelegenheit hatten, einen Rechtserfahrnen zu Rathe zu ziehen, und selbige durch einen Mangel solcher Kenntnisse, die bey ihrem Stande gewöhnlich nicht vorhanden sind, einen Schaden erlitten haben [89]). Endlich

8) wenn

87) SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 5. HOFACKER §. 855.

88) MEVIUS P. II. Decis. 211. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1010.

89) WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 52. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXIV. med. 8. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 477.

8) **wenn Jemand durch Armuth und Geldmangel an der Verfolgung ſeines Rechts gehindert worden iſt** [90]).

Uebrigens ſind auch hier, wie unſer Verf. noch zum Schluß bemerkt, die allgemeinen Grundſätze von der Reſtitution überhaupt anzuwenden. Es findet daher die Reſtitutio ex cauſula Praetoris generali **nie in einem ſolchen Falle Statt, wo bey einer beſtimmten Reſtitutionsurſache die geſetzlichen Erforderniſſe fehlen** [91]).

90) Z. B. wenn mit der Einwendung eines Rechtsmittels die Erlegung einer baaren Summe verbunden iſt, die die Parthey nicht auf der Stelle aufzubringen im Stande war, und blos dieſer Geldmangel Schuld geweſen iſt, daß das Rechtsmittel deſert wurde. S. BROCKES ſelect. Obſervat. for. Obſ. 381. *de* CANNEGIESSER Deciſion. Haſſo-Caſſellan. T. I. Deciſ. CLIII. nr. 4. und LEYSER Specim. LXIV. med. 5.

91) BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 5.

Lib. IV. Tit. VII.

De alienatione iudicii mutandi causa facta.

---

§. 473.

Was ist eine alienatio iudicii mutandi causa facta? wie geschieht die Restitution wegen dieser Ursache?

Unter einer **Veräußerung**, welche *iudicii mutandi causa* geschehen ist, wird eine solche verstanden, die zum Nachtheil eines Dritten in der Absicht unternommen worden ist, damit derselbe einen Andern zum Gegner bekommen möge, durch den ihm die Verfolgung seines Rechts erschweret, oder gar vereitelt wird [92]). Eine solche Veräußerung geschiehet,

1) wenn Jemand eine Sache, wegen welcher er von einem Dritten einen gerichtlichen Anspruch befürchtete, in der Absicht veräußert hat, um diesem Dritten, durch Aufdringung eines andern Gegners, die Ausführung seiner Ansprüche zu erschweren, oder ganz zu vereiteln. Z. B. die Veräußerung der Sache ist an einen Mächtigen, oder Streitsüchtigen, oder an einen Auswärtigen geschehen, gegen den nun die Rechtsverfolgung mit mehreren Schwierigkeiten und Kosten verknüpft ist [93]); oder die Veräußerung ist an einen solchen geschehen, wider den man nun durch eine Klage gar nichts ausrichten kann. Z. B. der Dritte,

92) *L. 1. pr. D. h. t. Io. Christ. Wilh.* STECK Diss. de alienatione iudicii mutandi causa facta. *Francof. ad Oder.* 1759.

93) *L. 1. §. 1. L. 2. et L. 3. D. h. t.*

Dritte, an welchen die Sache böslich veräußert worden ist, hat sie usucapirt, so daß gegen diesen die Reivindication nicht mehr Statt findet [94]).

2) Wenn ich gegen den Eigenthümer, wegen eines von demselben auf seinem Grundstück aufgerichteten, mir nachtheiligen Werks, mein Recht auf desselben Kosten hätte verfolgen können, und dieser das Grundstück böslicher Weise an einen Dritten veräussert hat, von dem ich nur verlangen kann, daß er mir die Hinwegräumung des nachtheiligen Werks auf meine eigene Kosten verstatte. Dies ist der Fall bey dem interdicto quod vi aut clam, ferner bey der actione aquae pluviae arcendae, und der novi operis nunciatione [95]).

3) Wenn Jemand seine Klage in der Absicht, um denjenigen, wider welchen ihm dieselbe zustand, zu schikaniren, an einen Dritten beschwerlichern Gegner veräußert hat [96]).

In diesen Fällen ist nun zwar die Veräußerung selbst der Regel nach nicht ungültig; allein weil es doch unbillig ist, durch dergleichen boshafte und schikanöse Unternehmungen einem Dritten die Verfolgung seines Rechts zu erschweren, oder gar zu vereiteln, so giebt der Prätor [97]) dem-

94) *L. 4. pr. D. eodem.*

95) *L. 3. §. 2. et 3. D. h. t.*

96) *L. 11. D. h. t. L. ult. D. eodem.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. pag. 132. DOMPIERRE h. t. §. 7. STECK cit. Diss. Anderer Meinung ist LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4.

97) In der *L. 1. pr. et L. 3. §. 4. D. h. t.* wird zwar diese Restitution dem Proconsul zugeschrieben. Allein deswegen ist

demjenigen, der durch eine solche Veräußerung verletzt worden ist, die Restitution. Diese besteht darin: Der Prätor giebt

a) eine Klage, welche der Verletzte wider denjenigen, der die nachtheilige Veräußerung unternommen hat, anstellen kann, welche darauf geht, daß wenn sich der Beklagte nicht eben so auf den Rechtsstreit mit dem Kläger einlassen will, als wenn keine Veräußerung geschehen wäre, er ihn für alles dasjenige schadlos halten solle, was er dabey verliert, daß er nun sein Recht wider einen andern beschwerlichern Gegner verfolgen muß [98]). Diese Klage heißt *actio in factum*, und geht nicht auf Rescission der Veräußerung, sondern nur auf Leistung des Interesse, z. B. auf Ersatz der vermehrten Proceßkosten. Sie ist also eigentlich eine actio rei persecutoria [99]). Weil sie aber doch einen begangenen Dolus zum Grunde hat, und zugleich auf Bestrafung desselben abzweckt, so findet sie gegen den unschuldigen Erben nicht Statt [100]). Nach den Gesetzen der Pandecten ist sie auch

ist sie doch so gut, wie eine jede der vorhergehenden, vom Prätor eingeführt worden, wie aus der *L. 4. §. 1. L. 8. §. 1. D. h. t.* und *L. 24. §. 1. D. communi divid.* erhellet. Denn die Proconsuls legten die Edicte der Prätoren in ihren Provinzialedicten zum Grunde. S. *Io. Aug.* BACHII Prolus. de edicto perpetuo provinciali. (in EIUS *Opuscul.* Halae 1767. 8.) pag. 168. sqq.

98) *L. 3. §. 4. et 5. D. h. t.*

99) *L. 4. §. fin. L. 7. D. h. t.*

100) *L. 4. §. fin. L. 5. D. h. t.* NOODT Comm. h. t. pag. 134. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn die Klage wider den Veräusserer noch bey dessen Lebzeiten angestellet, und lis con-

testi-

auch schon nach Ablauf eines Jahrs erloschen [1]). Allein nach der Analogie der L. ult. Cod. de tempor. restitut. in integr. dauert sie ganzer vier Jahre [2]). Der Prätor giebt aber auch

b) eine Einrede, welche alsdann Statt findet, wenn derjenige, an welchen die Veräußerung geschehen ist, das ihm abgetretene Recht durch Anstellung einer Klage wider denjenigen verfolgen will, zu dessen Nachtheil die Veräußerung unternommen worden ist [3]). Dieser braucht sich also auf die Klage gar nicht einzulassen, sondern kann den Dritten sogleich mit der Einrede zurückweisen, daß die Veräußerung iudicii mutandi causa geschehen sey. Er muß nur aber freylich den Dolus des Veräußerers erweisen. Z. B. Tirius hat einen Rechtsanspruch an einer Sache, welche Sempronius besitzt. Um diesem einen recht beschwerlichen Proceß zu verursachen,

testiret worden ist. *L. un. Cod. Ex delict. defunct. in quantum hered. conven.* DOMPIERRE h. t. §. 10. Allein nach dem kanonischen Recht, welches wir in der Praxis befolgen, haften die Erben des Veräusseres ohne Unterschied, soweit der Nachlaß zureicht. S. KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14.

1) *L. 6. D. h. t.*

2) DOMPIERRE h. t. §. 9. und HEINECCIUS in Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 530. Anderer Meinung sind zwar LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 15. SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 4. und BOEHMER in Introd. in ius Dig. h. t. §. 4. Allein diese Meinung ist schon von mir an einem andern Orte, (5. Th. §. 439. S. 436.) widerlegt worden.

3) SCHULTING h. t. §. 1. et 5.

tritt er seinen Anspruch durch eine Schenkung an einen Soldaten ab. Klagt hier der Donatar wegen des ihm abgetretenen Rechts, so stehet ihm die Einrede, daß die Schenkung bloß iudicii mutandi causa geschehen sey, entgegen; und der Beklagte kann mit Recht verlangen, daß der vorige Eigenthümer selbst klage [4]). Ja zuweilen steht nicht einmahl dem Veräußerer weiter eine Klage zu, sondern er hat sich, zur Strafe, seines Rechts verlustig gemacht. Z. B. Tirius besitzt mit dem Sejus ein gemeinschaftliches Grundstück. Um der ihm bevorstehenden Theilungsklage zu entgehen, veräußert er seinen Antheil an einen mächtigern Gegner, den Sejus aus Furcht für seiner Macht zu überbieten sich nicht unterstehen wird. Hierdurch sucht er das ganze Guth dem Dritten in der Absicht in die Hände zu spielen, um solches nachher von ihm für einen wohlfeilen Preiß wieder zu erhalten. Hier kann weder der Dritte klagen, an welchen Tirius seinen Antheil veräußert hat, weil diesem die Einrede entgegen steht, daß die Veräußerung iudicii mutandi causa geschehen sey; noch auch Tirius selbst, denn wollte dieser das iudicium communi dividundo jetzt noch anstellen, so würde er darum mit seiner Klage abzuweisen seyn, weil er sich vermöge des Licinischen Gesetzes seines Rechts verlustig gemacht hat [5]). Eben dieser Verlust des Rechts trift

4) *L. 11. D. h. t.* NOODT Comm. h. t. pag. 132.

5) *L. ult. D. h. t.* Was dies für eine *Lex Licinia* sey, deren in dieser Stelle gedacht wird, läßt sich mit Gewisheit nicht bestimmen. Wer von Muthmassungen ein Freund ist, lese *Io. Traug.* SCHOEN Diss. de poena Legis Liciniae ex L. ult. D. de alienat. iudic. mut. caus. facta. *Lipsiae* 1771. Man vergleiche auch noch über diese *L. ult. Guil.* RANCHINUS Lib. III. Variar. Lection. cap. 15. (in *Thes. iur. Rom.*

Otton.

trift nach dem neuern Röm. Recht auch einen Gläubiger, der seine Forderung bloß aus Schikane an einen Mächtigen cedirt [6]).

§. 474.

Erforderniſſe dieſer Reſtitution.

Bey dieſer Reſtitution wird jedoch erfordert,

1) daß die Veräußerung unter den Lebendigen geſchehen ſey. Wenn alſo Jemand die Sache, in Anſehung deren er einen Proceß befürchtet, einem Andern vermacht, oder auf den Todesfall geſchenkt hat, ſo findet deswegen keine Reſtitution Statt [7]); weil theils eine ſolche Veräußerung erſt nach dem Tode desjenigen gilt, der ſie unternommen hat, folglich dadurch die Lage der rechtlichen Anſprüche eines Dritten nicht verſchlimmert wird; theils weil man ſein Vermögen doch nothwendig Jemanden nach ſeinem Tode hinterlaſſen muß [8]). Uebrigens wird nicht gerade eine ſolche Alienation vorausgeſetzt, wodurch das Eigenthum der Sache auf den Andern transferirt wird. Die bloße Uebertragung des Beſitzes iſt auch ſchon hinreichend [9]), wenn der Veräußerer ſelbſt das Eigenthum nicht hatte [10]), und doch die Klage, die dem

Otton. Tom. V. pag. 971. NOODT Obſervat. Lib. II. c. 26. SCHULTING h. t. §. 5. und DOMPIERRE h. t. §. 12.

6) *L. 1. et 2. Cod. Ne liceat potentiorib.*

7) *L. 8. §. 3. D. h. t.*

8) VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

9) *L. 4. §. 2. D. h. t.*

10) *L. 8. §. 2. D. h. t.*

dem Dritten in Ansehung der Sache zusteht, nur gegen den Besitzer angestellet werden kann. Ja die Bestellung eines dinglichen Rechts, z. B. einer Servitut, auf einer Sache, wegen welcher man von einem Dritten einen gerichtlichen Anspruch erwartet, wenn sie blos aus Chikane einem beschwerlichen Gegner geschieht, kann die Restitution, von welcher hier die Rede ist, begründen. Daher sagt Ulpian [11]): Ad iura etiam praediorum hoc Edictum pertinet, modo si dolo malo fiat alienatio. Ob übrigens die Veräusserung durch einen onerösen Titel oder unentgeldlich geschehen ist, macht hier keinen Unterschied [12]); eben so wenig kommt es auch darauf an, ob die Klage, die dem Dritten in Ansehung der zu seinem Nachtheil veräusserten Sache zusteht, eine Real- oder Personalklage ist [13]). Wer hingegen eine Sache blos derelinquirt, und also selbige zu besitzen aufhört, ohne den Besitz auf einen Andern zu übertragen; oder wer eine Erbschaft ausschlägt, damit sie der mächtigere Substitut bekomme, kann deshalb von dem nicht belangt werden, der an der derelinquirten Sache, oder an der ausgeschlagenen Erbschaft einen Anspruch macht [14]). Nam non alienat, sagt Ulpian [15]), qui duntaxat omittit possessionem, nämlich quam vel nondum adeptus erat, vel derelinquit.

2) Die

11) *L. 4. §. 4. D. h. t. Ant.* FABER Rational. in h. L. und POTHIER Pand. Iustinian. h. t. Nr. II. not. c. pag. 161.

12) *L. 11. D. h. t.*

13) *L. 3. §. 2. D. h. t.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

14) *L. 4. §. 1. D. h. t. Ant.* FABER Rational. in h. L. DOMPIERRE h. t. §. 4.

15) *L. 119. D. de Reg. iur.* POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. III. not. e.

2) Die Veräußerung muß vor der Litiscontestation geschehen [6]). Denn ist der Rechtsstreit schon wirklich angegangen gewesen, und lis bereits contestiret worden, so ist die res nun litigiosa, und die Veräusserung derselben nichtig [17]). Der Proceß geht daher gegen den Veräusserer fort, weil der Dritte, an welchen die Veräusserung geschehen ist, kein Recht an der Sache hat erwerben können.

3) Die Veräußerung muß dolo malo d. i. in der Absicht geschehen seyn, die Lage seines Gegners, durch Substitution eines andern Klägers oder eines andern Beklagten, zu verschlimmern. Ist also die Veräusserung aus einer andern Ursache geschehen, z. B aus Noth, wegen dringender Schulden, oder weil dem Veräusserer sein Alter, oder seine Kränklichkeit, oder die Menge seiner Geschäfte nicht erlaubten, sich wegen der veräusserten Sache in einen Proceß einzulassen, oder weil er überhaupt ein Feind von Proceßen ist, er veräusserte also die Sache, wegen welcher er einen Proceß befurchte, blos um solchen von sich abzuwenden; so hat diese Restitution nicht Statt [18]).

4) Die Veräusserung muß auch dem Andern wirklich zum Nachtheil gereichen. Die Restitution fällt daher weg, wenn die Sache dem Kläger gar nicht gehört, oder dieselbe durch blosen Zufall zu Grunde gegangen ist [19]); oder wenn der Beklagte bereit ist, den Streit eben

16) *L. 8. §. 1. D. h. t.*

17) *L. 2. et Auth. seq. Cod. de Litigios.*

18) *L. 4. §. 1. et 3. D. h. t.*

19) *L. 4. §. 5. D. eodem.*

eben so, als wenn er die Sache noch besitze, auf sich zu nehmen [20]).

Ich muß hier noch bemerken, daß nach dem Edict des Prätors der Veräusserer wider seinen Willen nicht gezwungen werden konnte, das utile in rem iudicium zu übernehmen, quasi possideret [21]). Erst unter Hadrian wurde durch das *Senatusconsultum Iuventianum* im Jahr Christi 129. der Rechtssatz eingeführt, daß bey der Erbschaftsklage derjenige, welcher dolose aufgehört hat, die Erbschaft zu besitzen, noch immer als Besitzer angesehen, und als ein solcher verurtheilt werden solle [22]). Dieser Grundsatz ward nachher durch die Interpretation der Röm. Juristen auch auf die Reivindication ausgedehnt [23]), und nun galt die Regel: *Qui dolo malo possidere desiit, pro possessore habetur*, auch bey den Realklagen, welche schon längst vor Hadrian bey den Interdicten und Noxalklagen im Gebrauch war [24]).

Ob

22) *L. 3. §. ult. L. 8. pr. D. h. t.*

21) VOET in Commentar. h. t. §. 2.

22) *L. 20. §. 6. L. 25. §. 2. et 8. D. de hereditat petit.* S. HEINECCII Diss. de SCto Hadriani temporibus facto, quod extat L. 20. §. 6. D. de hered. petit. §. 10. et 11. (in *Opuscul. postumis* s. *Histor. Edictor.* pag. 458.)

23) *L. 27. §. 3. L. 36. pr. D. de Rei vind.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. §. ult. pag. 135.

24) *L. 1. pr. D. Quor. bonor. L. 1. §. 7. D. Quod legator. L. 1. pr. L. 3. §. 6. de Tab. exhib. L. 2. pr. L. 8. §. 3. D. de precar. L. 2. §. 42. D. Ne quid in loc. publ. L. 22. §. ult. L. 24. D. de noxal. act.* Auf diese Gesetze beziehen sich auch die *L. 131. L. 150. D. de Reg. iur.* wie *Iacob.* GOTHOFREDUS in Comment. in Tit. D. de Reg. iur. ad LL. cit. gezeigt hat.

Ob nun aber gleich nach dem neuern Röm. Recht der Veräußerer mit der actione in rem utili eben so belangt werden kann, als wenn er die veräußerte Sache noch besäße, so daß es nicht mehr von seiner Willkühr abhängt, ob er sich auf diese Klage einlassen will; so läßt sich doch deswegen der heutige Gebrauch dieser prätorischen Restitution nicht bezweifeln [25]). Denn

1) können bösliche Veräußerungen vorkommen, wo derjenige, welcher dolose zu besitzen aufgehört hat, nicht mehr als Besitzer belangt werden kann, und folglich die utilis in rem actio keine Statt findet [26]).

2) Kann auch die actio in factum zuweilen vortheilhafter seyn, als die actio utilis in rem, weil man bey jener nur beweisen darf, daß die Veräußerung dolo malo geschehen sey, welches auch durch Zeugen geschehen kann, gegen die sich der Beklagte hat verlauten lassen, daß er die Veräußerung bloß aus Chikane unternommen habe. Dahingegen muß bey der *Rei vindicatio utilis* das Eigenthum erwiesen werden [27]). Endlich

3) ge-

25) NOODT in Comm. ad Pand. h. t. §. ult. pag. 135. *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. und de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

26) Beyspiele kommen vor in der *L. 3. §. 2. et 3. D. h. t. L. 4. pr. D. eod.* und *L. 24. §. 1. D. Communi divid.*

27) BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 3. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 3. HEINECCIUS in Elem. iur. civ. sec. ord. Dig. h. t. §. 527.

3) gestattet die *L. un. C. h. t.* ausdrücklich dem Kläger die Wahl, ob er im Falle einer Veräußerung, welche iudici mutandi causa geschehen ist, die Restitution suchen, oder actione in rem klagen wolle. Es verdient daher die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [28]) keinen Beyfall, welche den heutigen Gebrauch dieser Restitution läugnen.

28) TITIUS Iur. privat. Rom. Germ. Lib. XII. cap. 4. §. 11. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for Vol. V. Obs. 683.

Lib. IV. Tit. VIII.

De receptis, et qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant.

§. 475.

Begriff eines Schiedsrichters. Unterſchied deſſelben von einem *arbitro iuris*, *arbitratore*, und den Austrägen.

Zu den außergerichtlichen Mitteln, Rechtsſtreitigkeiten beyzulegen, gehört die Beſtellung eines Schiedsrichters durch ein Compromiß der Partheyen [29]).

Ein Schiedsrichter (*arbiter*) iſt eine durch Vertrag der Partheyen gewählte Perſon, durch deren Ausſpruch ein Rechtsſtreit entſchieden werden ſoll. Man unterſcheide ihn

1) von einem *arbitro iuris* ſ. *legali*, welcher vom Prätor den Partheyen bey den actionibus bonae fidei und arbitrariis gegeben wurde, um den Streit nach Recht und

29) BORELLUS de compromiſſis et arbitris. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Tr. de arbitris compromiſſariis. Tubing. 1675. *Iuſt. Dav.* ZUFALL Differentiae arbitrorum Romanor. et Germanor. *Marb.* 1748. *Io. Tob.* CARRACH Diſſ. de cauto compromiſſorum in arbitros uſu. *Halae* 1738. *Io. Gottl.* SIEGEL Diſſ. de arbitrio ex iuribus Rom. et germanicis illuſtrato. *Lipſiae* 1739. und *Ge. Chriſt.* NELLERI Collectio methodica SS. canonum et legum praecipuarum ad Libri Decretal. primi Tit. 43. de arbitris. (in *Opuſcul.* Tom. I. P. I. pag. 221. ſqq.)

und Billigkeit zu entscheiden[30]). Die Formel, mit welcher ein solcher iudex bestellet wurde, war diese: *Tu, quantum aequius melius sit dari, reum condemna.* Hiervon ist schon bey einer andern Gelegenheit gehandelt worden[31]).

2) Von einem *arbitratore*, einem Schiedsmann, Vergleichsmann, gütlichen Unterhändler, Achtsmann, Mediateur, u. s. m. welcher dazu gewählt wird, um entweder eine gütliche Beylegung eines Rechtsstreits unter den Partheyen zu vermitteln, oder bey Schließung eines Handels diejenigen Punkte nach der Billigkeit zu bestimmen, worüber sich die Contrahenten nicht vereinigen können, oder deren Bestimmung sie gleich Anfangs der Willkühr eines dritten Unpartheyischen überlassen haben[32]). Z. B. die Contrahenten können bey Schließung eines Kaufs über den Preiß, oder bey Schliessung eines Pachts über das Pachtgeld, oder bey einer geschlossenen Societät über die Theilung des Gewinnes oder über den Werth geleisteter Dienste nicht einig werden. Sie überlassen daher die Bestimmung und Auseinandersetzung dieser Punkte einem Dritten. An die Bestimmung

30) *L. 9. D. Qui. satisdare cog. L. 38. D. pro socio. L. 24. D. Depositi Io. Th.* SEGERI Diss. de arbitris honorariis ad historiam iuris civ. illustrandam. *Lipsiae* 1777.

31) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 190.

32) Der Name *arbitrator* kommt zwar in den Römischen Gesetzen nicht vor, allein von seiner Bestimmung reden mehrere Gesetze. *L. 13. §. 2. D. h. t. L. 76—79. D. pro socio. L. 25. D. locati. L. 69. §. 4. D. de iure dot. L. ult. C. de contrah. emt. §. 1. I. de locat. §. 1. I. I. de emt. vend.* GROLLMANN Diss. de arbitratorum vi et potestate. VOET Commentar. h. t. §. 2. und VINNIUS select. iur Quaestion. Lib. I. c. 16.

mung eines solchen arbitratoris sind jedoch die Partheyen nicht schlechterdings gebunden, sondern sie wollen sich seinen Ausspruch nur insofern gefallen lassen, als er billig ist [33]). Ist daher einer der Contrahenten mit der Bestimmung desselben nicht zufrieden, so kann er mittelst der Contracts-klage die Sache an den ordentlichen Richter des andern Contrahenten bringen, und bitten, daß der unbillige Ausspruch des Schiedsmanns abgeändert, und eine billigere Bestimmung hergestellet werde [34]). Dieß heißt *Reductio ad arbitrium boni viri*, und sie findet Statt, wenn eine offenbare Unbilligkeit erweislich ist [35]), welche vorhanden seyn kann, obgleich kein Contrahent über die Hälfte verletzt ist [36]). Endlich sind Schiedsrichter auch

33) Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bed. 51. S. 121. ff.

34) *L. 30. D. de operis libertor. L. 76. in fin. L. 78. et sq. D. pro Socio. Io. Andr.* FROMMANN Diss. de arbitratu boni viri in conventionibus et aliis causis extraiudicialibus. *Tübingae* 1669. §. 59. et 60.

35) *L. 79. D. Pro socio* sagt: Si arbitrium ita pravum est, *ut manifesta iniquitas eius appareat*, corrigi potest per iudicium bonae fidei. Hierher gehört auch, wenn der arbitrator einer Bestechung, oder Collusion mit dem einem Theile, überführt werden kann. S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, ꝛc. §. 149. S. 122.

36) LAUTERBACH Colleg. Pandect. Lib. XVIII. Tit. 1. §. 51. FRANTZKIUS in commentar. eod. libr. et tit. nr. 261 — 268. VINNIUS in Commentar. ad. §. 1. I. de emt. et vendit. nr. 5. FROMMANN cit. Diss. §. 62. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXIII. §. 5. WESTENBERG Digest. Lib. XVIII. Tit. 1. §. 37. et 38. Höpfner im Commentar über die Hei-

3) von den sogenannten Austrägen zu unterscheiden, welche in den Rechtsstreitigkeiten der teutschen Reichsstände die Stelle der ordentlichen Richter in erster Instanz vertreten, und vor welchen dieselben nach Vorschrift der teutschen Reichsgesetze der Regel nach erst belangt werden müssen, ehe die Sache an die höchsten Reichsgerichte gebracht werden kann[37]). Diese gehören nicht hierher.

§. 476.

Wer kann zum Schiedsrichter gewählt werden?

Zu Schiedsrichtern können nicht nur solche Personen gewählt werden, welche ein richterliches Amt zu bekleiden fähig sind, sondern auch andere, welche auch nicht Richter seyn können, wenn sie nur sonst die zur Entscheidung des obwaltenden Streits erforderlichen Kenntnisse besitzen, und die Gesetze sie nicht ausdrücklich ausschliessen. Denn man muß hier immer erwägen, daß der Schiedsrichter kein öffentliches Amt bekleidet, sondern eine bloße Privatperson ist, die durch freye Wahl der Partheyen bestimmt wird. Daher können auch Ehrlose zu Schiedsrichtern gewählt werden, wenn sie gleich

von

Heineccischen Institutionen §. 870. Not. 100. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1905. Anderer Meinung sind iedoch DONELLUS in Commentar ad L. ult. Cod. de contrah. emt. vendit. VOET in Comm. ad Pand. Tit. de contrah. emtione §. 23. WISSENBACH Commentar. ad L. ult. C. de contrah. emt. de COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XVIII. Tit. 1. Qu. 26. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. e. und Westphal a. a. O.

37) Joh. Jac. Prehn von den Austrägen. Halle 1779. 8. Moser von der teutschen Justizverfassung 1. Th. 1. Buch 3. Kap. Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts 2. Band. §. 280. ff.

von öffentlichen Aemtern ausgeschlossen sind [38]). Auch ein Sohn kann in Sachen seines Vaters Schiedsrichter seyn [39]). Hingegen sind Taube, Stumme, und Wahnsinnige ausgeschlossen [40]). Es soll auch Niemand unter 20 Jahren zum Schiedsrichter gewählt werden; ist es dennoch geschehen, so findet gegen einen solchen Minderjährigen weder ein Zwang Statt, dem übernommenen Richteramte ein Genüge zu leisten, noch auch gegen den andern Theil eine Klage, um den Ausspruch eines solchen Schiedsrichters zu erfüllen, oder die im Contraventionsfall festgesetzte Strafe zu bezahlen [41]). Ist Jemand zwar

38) *L. 7. pr. D. h. t.*

39) *L. 6. D. h. t.*

40) *L. 9. §. 1. D. h. t.*

41) *L. 41. D. h. t.* Cum lege Iulia cautum sit, *ne minor 20 annis iudicare cogatur:* nemini licere minorem 20 annis compromissarium iudicem eligere, ideoque poena ex sententia eius nullo modo committitur. Callistratus spricht hier unstreitig nach dem strengen Recht, wenn er auch sogar den Ausspruch eines solchen minderjährigen Schiedsrichters für ungültig hält. Allein nach der billigern Meinung des Ulpians *L. 57. D. de iudic.* ist die Sentenz nicht für ungültig zu halten, wenn der Schiedsrichter nur wenigstens 18 Jahre alt war. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. glaubt zwar, Callistratus führe hier nur die Meinung Anderer an, ohne selbst zu entscheiden, weil es am Ende der *L. 41.* heißt: *multi dixerunt.* Allein dies läßt sich nicht behaupten, wie *Matth.* TEMMINCK in Diss. ad fragmenta quaedam legis Iuliae de iudiciis. *Traj. ad Rhen.* 1757. Cap. II. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. Belgicar.* T. II. Vol. II. Nr. II. pag. 76. sqq.) gezeigt hat. Es wird übrigens freylich vorausgesetzt, daß die Partheyen es gewußt haben, daß der von ihnen gewählte Schiedsrichter noch nicht 20 Jahre alt sey. S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

schon über 20, aber noch nicht 25 Jahre alt, und er hat ein arbitrium übernommen, so muß er, wenn er wieder davon befreyet seyn will, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen [42]). Nach dem römischen Rechte [43]) können auch Frauenspersonen keine Schiedsrichter seyn, welche jedoch das kanonische Recht [44]) in dem Falle zuläßt, da sie eine ordentliche Gerichtsbarkeit haben. Ob der ordentliche Richter von den Partheyen zum Schiedsrichter in ihrer Sache gewählt werden könne, ist wenigstens nach dem römischen Rechte sehr zweifelhaft. Zwar redet Ulpian [45]) nur von einem iudice pedaneo, wenn er sagt: Si quis iudex sit, arbitrium recipere eius rei, de qua iudex est, inve se compromitti iubere, prohibetur lege Iulia. Ein solcher iudex pedaneus, welcher den Partheyen vom Prätor war gegeben worden, konnte darum in derselben Sache nicht Schiedsrichter seyn, weil er an die ihm ertheilte Instruction des Prätors (formulam iudicii) gebunden war [46]). Allein man sieht es doch auch aus andern Gesetzstellen [47]), daß eine Magistratsperson, die ein imperium hatte, z. B. ein Consul oder ein Prätor, darum nicht füglich zum arbiter gewählt werden konnte, weil gegen solche Magistratspersonen keine Zwangsmittel Statt hatten. Dergleichen konnten nur allenfalls gegen magistratus inferiores gebraucht werden. Nach dem kanonischen Rechte [48]) hinge-

42) *L. 41. in fin. D. h. t.*
43) *L. fin. Cod. h. t.* NOODT ad Pand. h. t. p. 136.
44) *Cap. 4. X. de arbitris.*
45) *L. 9. §. 2. D. h. t.*
46) *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Dig. (*Oper.* pag. 143.)
47) *L. 3. §. 3. L. 4. D. h. t.*
48) *Cap. 5. 7. 10. et 13. X. de arbitris. Cap. 21. X. de praebend.*

hingegen, und nach dem heutigen Gerichtsgebrauche [49]), ist es auſſer allem Zweifel, daß nicht nur auf eine jede obrigkeitliche Perſon, ſondern auch ſogar auf den in der obwaltenden Streitſache competenten Richter, als ſolchen, compromittiret werden könne; jedoch mit dem Unterſchiede, daß in dem erſten Falle eine ſolche obrigkeitliche Perſon bloß als Privatperſon betrachtet wird, welche ſich in Anſehung der ihr vermöge des Kompromiſſes aufgetragenen Streitſache aller eigenen Gerichtsbarkeit, und der ihr deshalb zuſtehenden Zwangsmittel enthalten muß, auch daher den gethanen Ausſpruch nicht ſelbſt vollſtrecken darf [50]), ſondern die Execution dem gehörigen Richter des Beklagten überlaſſen muß [51]). In dem letztern Falle hingegen geht das Kompromiß eigentlich nur auf die Verfahrungsart. Die Partheyen können ſich z. B. über einen kürzern modum procedendi vergleichen. Nach dieſer Vorſchrift des Kompromiſſes muß nun zwar der Richter bey Unterſuchung der Sache verfahren, übrigens aber entſcheidet er vermöge ſeiner Jurisdiction; ſein Ausſpruch iſt daher hier wie ein richterliches Urteil anzuſehen, und gehet in die Rechtskraft über, wenn keine Appellation, welche in

49) S. Regenſpurg. Reichsabſchied vom Jahr 1594. §. 65. u. 66. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 8. *a* PUFFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 170. von Cramer Nebenſtunden Th. VIII. nr. 8. NELLER cit. Collect. method. Sect. IV. §. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4023. not. f.

50) *Cap. 5. X. h. t.*

51) *Cap. 2. et 4. X. eodem.* SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 3. *Mich. Gottfr.* WERNHER lectiſſ. Commentat. in Pandect. h. t. §. 5.

diesem Falle Statt findet, dagegen eingewendet worden ist [52]).

§. 477.

Wie wird ein Schiedsrichter bestellet? Was ist ein Kompromiß? Was heißt *Receptum*?

Die Bestellung eines Schiedsrichters geschiehet mittelst Vertrags, und zwar wird ein doppelter Vertrag geschlossen,

1) ein Vertrag unter den Partheyen, wodurch sich dieselben mit einander dahin vergleichen, daß sie den unter ihnen obwaltenden Rechtsstreit einem dritten Sachkundigen zur Entscheidung überlassen, und sich seinem Ausspruche unterwerfen wollen. Dieser Vertrag wird *compromissum* genennt; daher heißen auch Schiedsrichter *iudices compromissarii*, oder *arbitri compromissarii*. Von diesem Kompromiß ist Folgendes zu bemerken.

1) Es hat die Natur und Kraft eines Vergleichs. Die allgemeinen Grundsätze vom Transact finden daher hier ihre Anwendung [53]).

2) Ein Kompromiß ist streng zu erklären [54]). Es schränkt sich nämlich

a) nur

52) MEVIUS Decision. P. I. Decis. 98. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 24. *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. I. Tit. 43. §. 4. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4027.

53) SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 5. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 850. und 852.

54) LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. et 14. NELLER cit. Collect. Sect. II. §. 2.

a) nur auf die Personen ein, die es mit einander errichtet haben [55]). Auf die Erben derselben erstreckt sich solches nicht, ausser wenn es ausdrücklich mit auf dieselben gerichtet worden ist [56]).

b) Es ist nur von der Sache zu verstehen, welche zur Zeit der Errichtung desselben unter den Partheyen streitig war, und worüber das Kompromiß geschlossen worden ist [57]). Es kann also auf keine andere nicht connexe, auch nicht auf künftige Sachen, gezogen werden [58]); es wäre denn, daß das Kompromiß ausdrücklich auf alle und jede Streitigkeiten unter den compromittirenden Partheyen wäre gerichtet worden, dergleichen Kompromiß in den Gesetzen ein *compromissum plenum* genennt wird [59]).

c) Nach dem Römischen Rechte wird zur vollkommenen Verbindlichkeit eines Kompromisses eine wechselseitige Pönalstipulation erfordert [60]). Ein nudum pactum wird nur in dem Falle für hinreichend gehalten, wenn beyde Theile einander gegenseitig schuldig sind, und selbige die Verabredung mit einander getroffen haben, daß derjenige seiner Forderung verlustig seyn wolle, der dem

55) *L. 45. D. h. t.*

56) *L. 27. §. 1. L. 32. §. 3. et 19. et L. 49. §. 2. D. h. t. Cap. fin. X. de arbitr.*

57) *L. 21. §. 6. L. 32. §. 15. D. h. t. L. 46. D. eodem.*

58) *Cap. 6. X. de arbitr.* VOET h. t. §. 18. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 460. und BOEHMER Princip. iur. canon. §. 854.

59) *L. 21. §. 6. D. h. t.*

60) *L. 13. §. 1. D. h. t. L. 11. §. 2. D. eodem.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 137. VOET h. t. §. 3.

Ausspruch des Schiedsrichters keine Folge leisten würde [61]). Hatte nur ein Theil stipulirt, der andere aber nicht restipulirt, so war dar ganze Compromiß ungültig [62]). Hatte hingegen der eine Geld, der andere Theil aber etwas anderes als Strafe auf den Contraventionsfall versprochen, so war eine *compromissum plenum* vorhanden [63]). Nach dem heutigen Rechte ist jedoch in jedem Falle der blose Vertrag hinreichend [64]).

2) Der andere Vertrag ist derjenige, welcher zwischen den Partheyen auf der einen, und dem Schiedsrichter auf der andern Seite geschlossen wird, wodurch sich letzterer verpflichtet, den ihm aufgetragenen Rechtsstreit der Vorschrift des Kompromisses gemäß zu entscheiden. Dieser Vertrag wird *receptum* [65]) genennt, und hat die Natur eines Auftrags oder einer Bevollmächtigung [66]). Er erfordert daher auch selbst nach dem Röm. Rechte zu seiner Gültigkeit keine Stipulation [67]) sondern kann

61) *L. 11. §. 3. D. h. t.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Pand. h. t. §. 5.

62) *L. 11. §. 4. D. h. t.*

63) *L. 11. §. 2. D. h. t.* Es erhellet hieraus, daß der Ausdruck *compromissum plenum* verschiedene Bedeutungen hat. S. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Sect. I. nr. III. pag. 164. u. NELLER cit. Collectione Sect. II. §. 3.

64) NELLER cit. Collect. Sect. III. §. 1. in Addit. pag. 227.

65) *L. 13. §. 2. D. h. t.* RECEPISSE autem ARBITRIUM videtur, ut PEDIUS *lib. 9.* dicit, qui iudicis partes suscepit, finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur.

66) *Cap. 30. X. de Electione.* *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 850.

67) Denn das Wort *recipere* bedeutet eigentlich so viel als nudo pacto und ohne Stipulation versprechen, daß man etwas thun wolle

kann sogar mit stillschweigender Einwilligung auf Seiten des Schiedsrichters eingegangen werden [68]). Nur darin ist das receptum von einem andern mandato unterschieden, daß hier keine einseitige willkührliche Aufkündigung des einmal übernommenen Auftrags Statt findet [69]).

Uebrigens können beyde Verträge, sowohl durch Conventionalstrafen, als durch einen Eid, bestätiget werden [70]). Justinian [71]) verbietet zwar, ein Kompromiß mittelst Eides zu bekräftigen, um Meineide zu verhüten; allein nach dem kanonischen Rechte [72]), welches wir in der Praxis befolgen [73]), findet auch die eidliche Bestätigung

wolle, wie *Ant.* CONTIUS Disputation. iur. civ. Lib. I. cap. 4. pag. 524. (*edit. Hanov.* 1607. 12.) bemerkt hat.

68) Z. B. durch Annehmung des Instruments, welches das Kompromiß enthält. Das blose Stillschweigen des Schiedsrichters, ohne eine solche positive Handlung, ist jedoch nicht hinreichend. S. LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 9. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4020. et not. g. pag. 434.

69) *L. 3. §. 1. D. h. t. L. 15. D. eodem.*

70) *L. 3. §. 2. L. 11. §. 2. L. 27. §. ult. D. h. t. L. 4. et 5. Cod. eod. Cap. 9. et 13. X. de arbitris. Cap. 14. X. de praesumtion.* Ge. *Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 850. in fin.

71) *Nov. LXXXII. cap. 11.* und Avth. *Decernit.* Cod. h. t.

72) *Cap. 2. et 9. X. de arbitr.*

73) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. VIII. Th. 101. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. HOFACKER Princ. iur. civ. T. III. §. 4020. not. d. Georg Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Abth. Resp. 20. nr. 2. et 3. S. 161. Man sehe indeß *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protestant. Lib. I. Tit. 43. §. 9.

tigung bey Kompromissen Statt. Beyde Verträge werden gewöhnlicher Weise in eine Urkunde zusammengefaßt [74]).

§. 478.

Die arbitri sind entweder *necessarii* oder *voluntarii*.

Der Regel nach hängt es nun zwar von der freyen Willkühr der Partheyen ab, ob sie die Entscheidung ihres Streits einem Schiedsrichter überlassen wollen oder nicht. Zuweilen kann aber doch ein besonderer Grund eintreten, der sie zur Bestellung eines Schiedsrichters in ihrer Streitsache verpflichtet. Ein solcher Grund kann entweder in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze, oder in einer letztern Willenserklärung, oder in einem vorhergegangenen Vertrage liegen. Daher sind die arbitri entweder *necessarii* oder *voluntarii*, und erstere wieder entweder *legales* oder *testamentarii* oder *pactitii* [75]).

§. 479.

Wer kann compromittiren, und in welchen Sachen findet ein Kompromiß Statt?

Ein Kompromiß hat die Natur eines Vergleichs. (§. 477.) Daher können

1) nur

74) Ein Formular hat Claproth in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 13. S. 43. ff.

75) *L. 5. pr. Cod. de recept. arbitr. L. 16. Cod. de iudic. Cap. 11. de offic. iud. deleg. in 6to. Cap. 39. X. eodem. Cap. 61. X. de appellat. Wolfg. Ad.* SCHOEPF Diss. de arbitris necessariis. *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. 43. §. 1. und *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 851.

1) nur diejenigen compromittiren, welche unter sich einen Vergleich zu schließen, und über den Gegenstand des Streits frey zu disponiren befugt sind[76]). Hieraus fließen folgende Sätze.

a) Ein Anwald kann ohne eine besondere Vollmacht in Sachen seines Pricipals nicht compromittiren[77]), wenn er nicht mit einer allgemeinen Vollmacht zur Besorgung aller und jeder Geschäfte seines Principals versehen ist[78]). Er haftet sonst für alles Interesse[79]).

b) Unmündige und Minderjährige können nicht ohne Einwilligung ihrer Vormünder, auch nicht gerichtlich erklärte Verschwender ohne Einwilligung ihrer Curatoren compromittiren[80]), aber auch

c) Vormünder selbst nicht ohne richterliches Decret, wenn der Streit unbewegliche Güter ihrer Pflegbefohlnen betrift[81]).

d) Ein Prälat nicht ohne Consens des Kapittels über Stiftsgüter[82]); und

e) Va-

76) VOET h. t. §. 4. SCHULTING Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 3. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t.. §. 8. NELLER cit. Diss. Sect. IV. §. 1.

77) *Cap. 9. X. de arbitris.*

78) *Arg. L. 17. §. 3. D. de iureiur.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4022.

79) *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. I. Tit. 43. §. 8.

80) *L. 35. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18.

81) Arg. *L. 4. Cod. de praed. minor.* VOET in Commentar. h. t. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. § 16.

82) *Cap. 1. X. de his, quae fiunt a praelato sine consensu capituli.*

c) Vasallen nicht ohne Einwilligung des Lehnsherrn und der Lehnsfolger, wenn der Streit in deren Rechte einschlägt. Sonst können sie auch ohne deren besondere Einwilligung compromittiren, und der schiedsrichterliche Ausspruch gilt wenigstens unter den Partheyen [83]).

2) Nur über solche Sachen kann compromittirt werden, welche der Gegenstand eines Vergleichs seyn können, und die daher der Privatwillkühr der Partheyen unterworfen sind [84]). Also

a) nicht über Criminalsachen, insofern von öffentlicher Bestrafung eines Verbrechens die Rede ist [85]);

b) nicht über Sachen, die den Zustand einer Person betreffen, oder sonst in öffentliche Rechte des Staats einschlagen [86]).

c) nicht

83) *II. F. 15. II. F. 34. II. F. 46. Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. feud. §. 258. Anderer Meinung ist zwar Kopp in den Proben des deutschen Lehnrechts 1. Th. S. 83. ff. Allein man sehe dagegen *Christ. Io. Conr.* ENGELBRECHT libr. sing. de Servitutibus iuris publici. Sect. II. membr. III. §. 31. pag. 371. sqq. und vorzüglich *Christ. Ludw.* STIEGLITZ Diss. de potestate arbitri in litibus feudalibus sumendi vasallis concedenda *Lipsiae* 1753.

84) *Cap. 5. X. de arbitris.* SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 6. G. L. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 852. und *Paul. Ios. a* RIEGGER Institutiones iurisprud. ecclesiast. P. II. §. 459.

85) *L. 32. §. 6. D. h. t. Cap. 9. X. de in integr. restitut.* Betrift der Streit bloß die dem Beleidigten gebührende Privatgenugthuung, so kann darüber compromittirt werden, die Klage darf aber nur keine actio famosa seyn. *L. 13. §. 5. D. de bis, qui not. infam.* VOET h. t. §. 10. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 30. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4024.

86) *L. 32. §. 7. D. h. t. L. ult. Cod. ubi caus. stat.*

c) nicht über Ehesachen, insofern es auf eine Ehescheidung ankommt [87]); und

d) nicht über Sachen, welche eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betreffen; insofern hauptsächlich über die Aufhebung eines rechtsgültigen Geschäfts gestritten wird [88]).

§. 480.

Was ist Rechtens, wenn mehrere in derselben Sache als Schiedsrichter bestellt worden sind? Was ist ein Obmann, *superarbiter*?

Es können auch mehrere, in gleicher oder ungleicher Zahl, als Schiedsrichter in derselben Sache bestellet werden. Hier kommt es auf folgende Fragen an.

1) Müssen die mehreren Schiedsrichter die Sache gemeinschaftlich entscheiden, oder kann einer auch ohne den andern einen gültigen Ausspruch thun?

Man unterscheide, ob sie unbestimmt bestellet worden sind, oder mit der Clausel: sammt und sonders, oder sammt oder sonders. In dem ersten Falle müssen alle bey der Entscheidung der Sache gegenwärtig seyn, und es kann keiner ohne den andern einen gültigen Ausspruch thun [89]). Dies bringt nicht nur die

87) *Cap. penult. X. de in integr. restitut.* LAUTERBACH c. l. insonderheit *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. I. Tit. 43. §. 10.

88) *L. ult. Cod. ubi et apud quem in integr. restitut.* VOET h. t. §. 10.

89) *L. 17. §. 2. D. h. t. L. 18. D. eodem. L. 32. §. 13. D. eodem. Cap. 16. et 22. X. de officio et potest. iud. deleg.* HOFACKER

die Natur des Vertrags mit sich, sondern es könnte auch leicht das Gutachten des Abwesenden die übrigen zu einer andern Meinung umgestimmt haben[90]). Nach dem kanonischen Rechte können zwar die übrigen alsdann die Sache allein vornehmen, wenn einer durch freywillige oder vorsätzlich affectirte Abwesenheit die Sache mit Fleiß aufzuhalten suchte[91]). Allein nach dem Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten[92]) stimmt der Gerichtsgebrauch dem Römischen Rechte bey, und erklärt den von den übrigen Schiedsrichtern gethanen Ausspruch für ungültig, wenn auch gleich der Abwesende blos aus Chikane weggeblieben wäre. In dem letztern Falle hingegen kann nicht nur einer ohne den andern gültig verfahren[93]), sondern es findet auch hier eine Prävention Statt[94]).

2) Wie aber, wenn die bestellten mehreren Schiedsrichter bey Entscheidung der Sache verschiedener Meinung sind? Hier ist folgender Unterschied zu machen. Die Stimmen sind entweder gleich, oder ungleich. In dem letztern Falle entscheidet derjenige Ausspruch, welcher die Stimmenmehrheit für sich hat[95]). Sind

aber

ACKER T. III. §. 4021. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 854.

90) *L. 17. §. ult. D. h. t.*

91) *Cap. 2. de arbitris in 6to.*

92) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 28. *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. 43. §. 5. *van* ESPEN iur. eccles. univers. P. II. Tit. V. cap. 4. §. 13. NELLER Collect. method. cit. Sect. V. §. 7. Addit. 1. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4021.

93) *L. 17. §. 4. L. 32. §. 13. D. eodem.*

94) *L. 8. D. h. t.* LAUTERBACH c. l. §. 27.

95) *L. 17. §. 7. L. 27. §. 3. D. h. t.*

aber die Stimmen gleich, so betrift der Dissensus entweder blos die Quantität, d. i. die Summe, in welche der Beklagte zu condemniren ist, oder er betrift die Hauptsache selbst, nämlich ob der Beklagte zu verurtheilen, oder von der Klage zu entbinden sey. In jenem ersten Falle hat der Ausspruch desjenigen den Vorzug, welcher auf die geringere Summe erkannt hat[96]). In dem letztern Falle aber entscheidet weder der eine noch der andere schiedsrichterliche Ausspruch, sondern es muß ein Obmann (*Superarbiter*) bestellet werden, der durch seinen Ausspruch der Sache den Ausschlag giebt[97]).

Obmann (*Superarbiter*) heißt also ein solcher Schiedsrichter, der auf den Fall gewählet wird, wenn die bestellten mehreren Schiedsrichter bey Entscheidung der Hauptsache dergestalt dissentiren, daß eben so viel Stimmen für als wider den Beklagten sind, um durch seinen Ausspruch die Wirkung der Stimmengleichheit aufzuheben. Ein solcher Obmann kann nun nicht nur von den

96) *L. 27. §. 3. D. h. t. Cap. 1. de arbitr. in 6to.* Wenn also von 3 Schiedsrichtern der eine auf eine Summe von 15, der andere auf 10, der dritte auf 5 stimmt, so entscheidet der Ausspruch des letztern. Zwar meint *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. daß derjenige Ausspruch den Vorzug verdiene, worin auf die mittlere Summe erkannt worden ist; allein man sehe VOET h. t. §. 19.

97) *L. 17. §. 6. D. h. t. Cap. 39. X. de offic. et potest. iud. deleg. Cap. 61. X. de appellat.* Der Name Suberarbiter kommt in den Gesetzen nicht vor, sondern stammt von den Glossatoren her. S. *Ge. Lud.* BOEHMER Exercitat. de Superarbitris, vulgo von Obmannen, (*Goettingae* 1744.) Cap. I. §. 6. not. c.

den Partheyen selbst, sondern auch von den dissentirenden Schiedsrichtern gewählet werden; und zwar haben die Partheyen entweder denselben in dem Vertrage ausdrücklich die Erlaubniß ertheilt, einen Obmann auf den Fall zu Hülfe zu nehmen, wenn sie in der Hauptsache verschiedener Meinung seyn sollten, oder nicht. In dem letztern Falle können die dissentirenden Schiedsrichter auf Verlangen der Partheyen von dem ordentlichen Richter angehalten werden, einen Obmann zu wählen, cuius auctoritati pareatur, wie Ulpian[98]) sagt. Können sie also vom Richter dazu angehalten werden, so muß die Bestellung eines Obmanns in diesem Falle wohl zu ihrer Amtspflicht gehören. Es muß ihnen also auch das Recht dazu schon von selbst, vermöge einer stillschweigenden Concession der Partheyen, zustehen, weil sonst die Sache unentschieden bleiben würde[99]); und diese Befugniß räumt ihnen auch das kanonische Recht ein[100]).

Haben aber die Partheyen den Schiedsrichtern diese Befugniß, einen Obmann zu erwählen, ausdrücklich ertheilt, so unterscheidet Ulpian[1]) zwey Fälle. Es ist nämlich entweder gleich bey der Eingehung des Kompromisses

98) *L. 17. §. 6. in fin. D. h. t.* Hiermit stimmt auch das kanonische Recht überein, wie aus *cap. 39. X. de officio et potest iud. deleg.* und *cap. 61. X. de appellat.* erhellet.

99) *Phil.* HEDDERICH Diss. de eo, si pares arbitri fuerint adsumti cum clausula: ut in casu dissensus tertium eligant, quid iuris? §. 4. (in EIUS *Dissertation. iuris eccles. german.* Vol. I. *Bonnae* 1783. 4. Nr. VI. p. 127. sqq.)

100) *Cap. 61. X. de appellat. Cap. 39. X. de officio et potest. iud. deleg.*

1) *L. 17. §. 5. D. h. t.*

misses eine gewisse Person ernannt worden, welche von den Schiedsrichtern, im Falle sie sich über die Entscheidung der Hauptsache nicht vereinigen könnten, zu Hülfe genommen werden soll, oder nicht, sondern diese Wahl ist den Schiedsrichtern allein überlassen worden. In dem erstern Falle sagt Ulpian, das Kompromiß sey gültig, weil hier bey der Annehmung eines Obmanns kein weiterer Dissensus Statt finden kann. Allein in dem letztern Falle drückt sich der römische Jurist so aus: Si in duos fuerit sic compromissum, *ut, si dissentirent, tertium adsumant*, puto tale compromissum non valere: nam in adsumendo possunt dissentire. Diese Worte versteht man gewöhnlich so, als ob das ganze Kompromiß in diesem Falle nichtig und unverbindlich sey [2]). Wie wenig aber diese Erklärung dem Geiste des Gesetzes entspreche, davon überzeugt uns nicht nur der ganze Zusammenhang der Stelle, sondern auch der beygefügte Grund des Gesetzes, welcher ganz deutlich lehrt, daß der Ausdruck *non valere*, den Ulpian hier gebraucht hat, nichts anders bedeuten soll, als effectu destitui. Der wahre Sinn jener Worte geht also dahin: das Kompromiß werde hier ohne Wirkung seyn, weil leicht vorauszusehen ist, daß die Schiedsrichter sich eben so wenig über die Wahl eines Obmanns werden vereinigen können, als sie sich über die Entscheidung der Sache selbst vereinigen konnten. Diese Erklärung bestärkt vorzüglich der

2) LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 24. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 9. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 17. D. h. t. nr. 5. *Ant.* FABER Rational. in eand. L. BACHOVIUS in Prot. Dig. h. t. pag. 1242. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. NELLER cit. Collect. Sect. III. §. 4. pag. 227.

nachfolgende §. 6. der *L.* 17. wo es heißt: Principaliter autem quaerimus, si in duos arbitros sit compromissum, an cogere eos Praetor debeat sententiam dicere, quia res fere sine exitu futura est, propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem. Hier erklärt Ulpian eben dasjenige durch die Redensart: *sine exitu futurum esse*, was er in dem vorhergehenden §. 5. durch *non valere* ausgedruckt hatte, und es ergiebt sich also hieraus ganz deutlich, daß hier von keiner wirklichen Nullität des Kompromisses, sondern nur davon die Rede sey, daß solches schwerlich von Wirkung seyn werde, weil die Wahl des Obmanns einen neuen Dissensus verursachen wird. Wollte man diese Stelle anders erklären, so würde eine offenbare Inconsequenz daraus entstehen. Denn nach dem §. 6. *L.* 17. gilt das Kompromiß, wenn wegen der Bestellung eines Obmanns nichts verabredet worden ist. In diesem Falle soll der Richter die dissentirenden arbitros anhalten, einen Obmann zu wählen, der durch seinen Ausspruch den Ausschlag geben soll, damit die Sache nicht unentschieden bleibe. Warum sollte denn nun das Kompromiß in dem Falle null und unverbindlich seyn, wenn die Partheyen ausdrücklich verabredet haben, daß die arbitri auf den Fall, da sie sich über die Entscheidung der Sache nicht vereinigen könnten, einen Obmann annehmen sollen. Warum sollten sie nicht auch in diesem Falle auf Verlangen der Partheyen zur Bestellung eines Obmanns vom Richter genöthiget werden können? oder warum sollte die Sentenz nichtig seyn, wenn sich die Schiedsrichter über einen Obmann wirklich vereiniget hätten, und von diesem die Sache nunmehr entschieden worden wäre [3])?

Alles

3) Man vergleiche hier *I. H.* BOEHMERI Corp. iur. canon. ad Cap. 12. X. de arbitris Not. 76. *Ge. Lud.* BOEHMER Exer-

Alles deſſen ungeachtet erklärt das kanoniſche Recht [4]), irre geleitet durch die Gloſſe des Civilrechts [5]), ein ſolches Kompromiß für ungültig, wodurch mehrere Schiedsrichter in gleicher Zahl beſtellet worden ſind, ohne daß die Partheyen zugleich, auf den Fall des Diſſenſus, eine gewiſſe Perſon zum Obmann ernannt haben; geſetzt auch, daß ſich nachher die Schiedsrichter ſelbſt über die Beſtellung eines Obmanns vereiniget hätten.

Allein die Teutſchen haben an der Gültigkeit eines ſolchen Kompromiſſes nie gezweifelt [6]); und ſo groß auch ſonſt bey uns das Anſehen des kanoniſchen Rechts iſt, ſo lehrt uns doch das einſtimmige Zeugniß der bewährteſten practiſchen Rechtsgelehrten [7]), daß auch der heutige Gerichtsgebrauch jene ungereimte, und auf einem bloßen Mißverſtande des Röm. Rechts beruhende päbſtliche

Exercit. de Superarbitris Cap. I. §. 12. ſqq. und *Phil.* HEDDERICH cit. Diſſ. de eo, ſi pares arbitri fuerint aſſumti cum clauſula: ut in caſu diſſenſus tertium eligant, quid iuris? §. 17.

4) *Cap.* 12. *X. de arbitris.*

5) *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Exercitat. Cap. VI. §. 6.

6) Dieſes haben aus vielen Beyſpielen ſehr gründlich erwieſen Joh. Ad. Kopp von den Obmannen der alten Teutſchen, und deren heutigem Gebrauche; §. 2. u. 3. (in Deſſen Proben des teutſchen Lehnrechts 1. Th. Nr. III. S. 63. ff.) *Ge. Lud.* BOEHMER in Exercit. de Superarbitris. Cap. II. §. 9. und HEDDERICH cit. Diſſ. §. 20.

7) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 9. *I. H.* BOEHMER iur. eccleſ. Proteſtant. Lib. I. Tit. 43. §. 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXV. med. 8. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. in fin. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4021. not. g.

liche Verordnung nicht angenommen habe, sondern vielmehr, den teutschen Sitten gemäß, die Gültigkeit eines Kompromisses auch in dem Falle standhaft behaupte, da die Person des Obmanns nicht bestimmt ist. Haben also die Schiedsrichter in einem solchen Falle zur Aufhebung des unter ihnen entstandenen Dissensus einen Obmann einmüthig ernannt, so ist gegen dieses Verfahren nichts einzuwenden [8]). Sollten sie sich aber auch in der Wahl eines Obmanns nicht vereinigen können, so ist entweder den Partheyen daran gelegen, daß die Sache entschieden werde, oder nicht. In dem letztern Falle bleibt nun freylich das Kompromiß ohne Wirkung. In dem ersten Falle hingegen können sich die Partheyen an den ordentlichen Richter wenden, und dieser kann auf Verlangen derselben entweder selbst einen Obmann bestellen [9]), oder die Bestellung desselben den Schiedsrichtern bey Strafe auferlegen [10]), oder er kann auch, wie unser Verfasser bemerkt, die Acten mit den votis der dissentirenden Richter an ein auswärtiges Spruchcollegium verschicken.

§. 481.

8) Die Schiedsrichter sind in einem solchen Falle auch befugt, die Acten an ein auswärtiges Spruchcollegium zu verschicken. S. *Ge. Henr.* AYRER Diss. de auctoritate arbitrii ex compromisso vim rei iudicatae habentis. *Goetting.* 1744. §. 19. not. d. pag. 30. Zuweilen pflegt dies auch im Kompromiß ausdrücklich festgesetzt zu werden, daß, wenn sich die arbitri eines Urteils nicht vergleichen könnten, die Acten an eine unpartheyische Juristen-Facultät zur Einholung eines Rechtsspruchs verschickt werden sollen; wovon *Conr. Wilh.* STRECKER in Spec. de laudo arbitrorum eiusque iuris effectibus. *Erf.* 1733. p. 33. ein Beyspiel anführt.

9) STRYK c. l.

10) *Ge. Lud.* BOEHMER c. l.

§. 481.

Pflichten der Schiedsrichter.

Der Schiedsrichter ist nun vermöge der Annahme des Kompromisses verpflichtet,

1) die ihm übertragene streitige Rechtssache gehörig zu untersuchen, und zu entscheiden. Zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit kann auch derselbe im Verweigerungsfalle von dem Richter, unter welchem er steht, durch Zwangsmittel angehalten werden [11]). Denn so wenig auch die Gesetze Jemanden wider seinen Willen gezwungen wissen wollen, das Amt eines Schiedsrichters zu übernehmen, für so unbillig halten sie es doch, wenn der Schiedsrichter sich aus unlautern Absichten von der übernommenen und unentschiedenen Sache losmachen wollte, nachdem er einmal hinter die ganze Lage derselben, und deren geheimste Umstände gekommen ist [12]). Daß der Prätor deshalb den Partheyen eine besondere Klage gebe, welche Anton Contius [13]) actionem in factum de receptis nennt, läßt sich nicht behaupten. Denn es ist allerdings merkwürdig, was auch schon Gerhard Noodt [14]) sehr gründlich erinnert hat, daß der Prätor in seinem Edict nur sagt: *Sententiam se arbitrum dicere coacturum* [15]), ohne jedoch hinzuzufügen, quod iudicium ea de re dare velit, wie doch sonst in den Edicten des Prätors allemal geschiehet.

11) *L. 3. §. 2. et 3. D. h. t. L. 32. §. 12. D. eodem.* VOET h. t. §. 14.

12) *L. 3. §. 1. D. h. t.*

13) Disputat. iur. civ. Lib. I. cap. 4. pag. 524.

14) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 138.

15) *L. 15. D. h. t.*

Es findet also hier eine blose Imploration Statt [16]), und das gewöhnliche Zwangsmittel ist Geldstrafe [17]); daher es rathsam ist, wenn auf solchen Fall schon dem Receptum eine Conventionalstrafe angehängt wird [18]). Der Schiedsrichter kann sich jedoch aus folgenden Gründen entschuldigen;

a) wenn ihn die Partheyen durch Verläumdungen an seiner Ehre gekränkt haben [19]).

b) Wenn sie ihn einmal verlassen, und sich bereits an einen andern Schiedsrichter gewendet hatten, nachher aber ihn wieder annehmen wollen [20]).

c) Wenn zwischen ihm und den Partheyen, oder einer derselben, eine Todfeindschaft entstanden ist [21]).

d) Wenn

16) S. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 33. Schmidts practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 708. und §. 747. ff.

17) *L. 32. §. 12. D. h. t.* WERNHER Observat. for. T. II. P. X. Obs. 447.

18) *§. ult. I. de verbor. obligat.* Schmidts Theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 3. Band §. 750.

19) *L. 9. §. 4. D. h. t.* VOET h. t. §. 21.

20) *L. 9. §. 5. D. h. t. L. 10. L. 11. pr. D. eodem. L. 17. §. 1. eod.* Eine Litispendenz wird daher durch angefangene Verhandlung einer Rechtssache vor dem Schiedsrichter nicht begründet. *L. 30. h. t.* VOET h. t. §. 1. et 21. Auch keine Prävention S. LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 41.

21) *L. 15. D. h. t.*

d) Wenn er durch Krankheit, oder ein anderes nöthiges Amtsgeschäft, oder durch eine dringende Reise, die übernommene Sache zu entscheiden, gehindert wird [22]).

2) Er muß das streitige Geschäft binnen der ihm gesetzten Zeit entscheiden, oder um Verlängerung derselben bey den Partheyen anhalten [23]).

3) Er darf ohne Vorbewust und Einwilligung der Partheyen keinen andern substituiren [24]), weil blos auf seine Person Rücksicht genommen ist [25]).

4) Er darf zwar nicht über die Gränzen des Kompromisses hinausgehen [26]), jedoch muß er alle diejenigen Punkte entscheiden, die ihm zur Entscheidung überlassen worden sind [27]), und er ist auch befugt, über alles dasjenige zu sprechen, was mit der ihm übertragenen Sache in Verbindung steht, und unmittelbar zu ihr gehört, z. E. über Früchte, Zinsen, und Unkosten, wenn gleich

22) *L. 15. L. 16. D. h. t.*

23) *L. 21. §. 5. L. 25. §. 1. D. h. t. L. 32. §. fin. L. 50. D. eodem.* Ist ein gewisser Tag festgesetzt worden, da das Urtheil in der Sache gesprochen werden soll, so darf dieser Tag ohne Einwilligung der Partheyen weder prorogirt noch anticipirt werden. *L. 33. L. 50. D. eodem.* LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 36.

24) *L. 32. §. 16. et 17. D. h. t. Cap. 13. X. de arbitris.* LAUTERBACH h. t. §. 33. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 8. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 9. S. 31.

25) *L. 45. D. h. t.*

26) *L. 32. §. 15. D. h. t.*

27) *L. 19. §. 1. L. 21. pr. et L. 43. D. h. t.*

das Kompromiß davon ausdrücklich nichts enthält [28]). Hingegen darf er über die Wiederklage nicht erkennen [29]).

5) Soviel die Verfahrungsart betrift, so ist dieselbe entweder im Kompromiß bestimmt, oder nicht. In dem erstern Falle muß er sich genau an diese Vorschrift halten, sonst ist sein Ausspruch ipso iure nichtig, und es hat dagegen 30 ganze Jahre die Nullitätsklage Statt [30]), wenn gleich das Kompromiß mittelst Eides wäre bekräftiget worden [31]). In dem letztern Falle hingegen muß er die Gerichtsordnung des Landes beobachten [32]). Ueberhaupt muß der Schiedsrichter, wenn nicht im Kompromiß ein Anderes ist ausgemacht worden, sowohl bey der Erörterung, als bey der Entscheidung der Sache eben diejenigen Vorschriften der Gesetze befolgen, an welche auch der ordentliche Richter gebunden ist [33]).

6) Das Urteil selbst muß in beyder Partheyen Gegenwart gesprochen werden, wenn es gelten soll, wofern nicht durch Vertrag ein Anders wäre festgesetzt worden

28) Arg. *cap.* 21. *in fin. X. de offic. et potest. iud. deleg.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 33. in fin.

29) *Cap. 6. X. de arbitris.* VOET ad Pand. h. t. §. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4025.

30) *L. 7. in fin. L. 32. §. 17. et ult. D. h. t.* MEVIUS P. I. Decis. 100. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 33.

31) Ge. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Abth. Nr. 20. S. 162.

32) *Cap.* 2. *X. de arbitris.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 854. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4025. lit. F.

33) *L. 1. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 35.

den [34]). Daher müssen die Partheyen [35]), oder deren Anwälde [36]), oder, wenn die Partheyen noch unmündig, oder gar wahnsinnig sind, deren Vormünder [37]) zur Publication des Spruchs gehörig vorgeladen werden. Wer durch sein Ausbleiben den Schiedsrichter hindert, daß er die Sache nicht zur gesetzten Zeit entscheiden kann, hat die Conventionalstrafe verwirkt [38]), wenn er keine rechtmässige Entschuldigungsursache anführen und erweisen kann [39]). Daß der Schiedsrichter auch Entscheidungsgründe von seinem Ausspruche angebe, erfordern wenigstens die Römischen Gesetze nicht; vielmehr sagt **Paulus** [40]): Qualem sententiam dicat arbiter, ad Praetorem non pertinet: dummodo dicat, quod ipsi videtur; und **Ulpian** [41]) führt sogar ein Rescript des Kaisers **Pius** an, worin es heißt: Qui compromisit, *vel minus probabilem sententiam* aequo animo ferre debet. Es behauptet indessen **Böhmer** [42]), daß nach der Analogie der teutschen Reichsgesetze [43]) der Schiedsrichter die

34) L. 27. §. 4. et 5. D. h. t. VOET Commentar. h. t. §. 15. HOFACKER c. l. lit. A.

35) *L. 49. §. 1. D. h. t.*

36) *L. 32. §. 18. D. h. t.*

37) *L. 27. §. 5. L. 47. pr. et §. 1. D. h. t.*

38) *L. 27. §. 4. D. h. t. L. 2. Cod. eodem.* VOET h. t. §. 15.

39) *L. 21. §. 9. D. h. t.*

40) *L. 19. pr. D h. t.*

41) *L. 27. §. 2. D. h. t.*

42) Auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Abth. Resp. 20. Qu. 2. nr. 19. ff. S. 164.

43) Reichsabsch. v. Jahr 1654. §. 61. Man vergleiche auch v. Selchow neue Rechtsfälle 2. Band Nr. IV. S. 104. ff.

die Entscheidungsgründe seines Ausspruchs den Partheyen auf ihr Erfordern mitzutheilen verbunden sey.

§. 482.

Wirkung eines schiedsrichterlichen Ausspruches.

Der Ausspruch des Schiedsrichters, welcher die Entscheidung der ihm aufgetragenen Streitsache enthält, wird *arbitrium* oder *laudum* [44]) genennt. Die Verbindlichkeit desselben beruhet auf dem errichteten Kompromiß der Partheyen, welches die Natur eines Vergleichs hat. Daher müssen sich die Partheyen dabey schlechterdings beruhigen, wenn auch der schiedsrichterliche Ausspruch noch so unbillig wäre [45]). Nach dem Römischen Rechte hatte zwar eigentlich nur dann eine Klage Statt, wenn das Kompromiß mittelst einer Stipulation war errichtet worden. Hier konnte der Beklagte mit der actione ex stipulatu auf Leistung desjenigen, was ihm in dem Urteil des Schiedsrichters war auferlegt worden, oder auf Bezahlung der im Contraventionsfall festgesetzten Strafe belangt werden [46]). War hingegen das Kompromiß durch einen blosen Vertrag

44) Das Wort *laudum* kommt in den Gesetzen nirgends vor, sondern stammt, wie mehrere andere, von den Glossatoren her, und ist aus der barbarischen Latinität des Mittelalters zu erklären. S. *du* FRESNE und WACHTER Glossaria v. *Laudum*: auch ALCIATI Parerga iuris Lib. I. cap. 45.

45) *L. 27. §. 2. D. h. t. L. 76. D. pro Socio.* Ge. Henr. AYRER Diss. de auctoritate arbitrii ex compromisso vim rei iudicatae habentis. *Goettingae* 1744. §. 25. sqq.

46) *L. 3. Cod. h. t. L. 2. et L. 38. D. eodem.* Ge. Lud. BOEHMER Diss. de Superarbitris. Cap. I. §. 18.

trag geschlossen worden, so bewirkte solches nur eine exceptionem pacti, womit der Beklagte, wenn der Ausspruch für ihn günstig ausgefallen war, sich gegen die weitern Ansprüche des Klägers schützen konnte[47]). Nur in zwey Fällen änderte Justinian das ältere Recht ab; er verordnete nämlich, daß wenn der schiedsrichterliche Ausspruch entweder von den Partheyen unterschrieben, (laudum homologatum)[48]) oder durch ein zehentägiges Stillschweigen des Beklagten bestätiget worden wäre, ohne daß derselbe weder bey dem Kläger noch bey dem ordentlichen Richter eine Protestation dagegen eingelegt hätte, eine actio in factum auf Erfüllung desjenigen Statt finden sollte, was dem Beklagten durch den Ausspruch des Schiedsrichters ist auferlegt worden[49]). Allein da diese ganze Verordnung auf dem Grundsatz des Röm. Rechts, daß ein pactum nudum an sich keine Klage wirkt[50]), beruhet, welcher aber in Teutschland nicht gilt; so ist nach dem Urteil practischer Rechtsgelehrten davon heutiges Tages kein Gebrauch zu machen[51]).

Schon

47) *L. 13. §. 1. D. h. t. L. 5. Cod. eodem. Ant.* SCHULTING Enarrat. part. prim. Pand. h. t. §. 12. HOFACKER T. III. §. 4026. Nr. II. lit. A.

48) Von der gewöhnlichen Formel, die man zu Justinians Zeiten gebrauchte: ὁμολογῶ πληροφορεῖν, d. i. *spondeo implere*, wie aus der *L. 4. §. 6. Cod. h. t.* erhellet.

49) *L. 5. C. h. t.*

50) *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XIII. §. 8. BACHOVIUS ad Prota Pand. h. t. pag. 1275.

51) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 11. BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. I. Tit. XLIII. §. 14. und in Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. VII. §. 27. SCHAUMBURG Compend. iur.

Dig.

Schon der bloſe Kompromißvertrag wirkt daher heut zu Tage eine vollkommene Verbindlichkeit, ſich dem ſchiedsrichterlichen Ausſpruch zu unterwerfen[52]) und es findet dagegen weder eine Appellation, noch ſonſt ein ſuſpenſives Rechtsmittel Statt[53]), wenn nicht die Partheyen ſich

Dig. h. t. §. 9. LUDOVICI Diſſ. de effectu et obligatione laudi §. 20. ſqq. AYRER cit. Diſſ. §. 32. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4026. Nr. II. lit. C. und EMMINHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 5. not. t.

52) *Iuſt. Henn.* BOEHMER in iure eccleſ. Proteſt. Lib. I. Tit. XLIII. §. 14. MEVIUS P. II. Deciſ. 280.

53) *L. 32. §. 14. D. h. t. L. 1. C. eodem.* G. *Lud.* BOEHMER Exercit. de Superarbitris. Cap. I. §. 19. Hiermit ſtimmt auch das kanoniſche Recht überein, wie aus *Can. 33. Cauſ. II. Qu. 6.* u. *Cap. 2. et 4. X. de arbitris* erhellet. Zwar ſcheint *Can. 34. Cauſ. II. Qu. 6.* entgegen zu ſeyn, wo es heißt: Sane *ſi ex conſenſu partium iudices electi fuerint*, etiam a pauciore numero, quam conſtitutum eſt, *liceat provocari.* Allein ſchon die *Correctores Romani* haben bey dieſem Text des Gratianiſchen Decrets angemerkt, daß die Leart unrichtig ſey, und *non liceat provocari* geleſen werden müſſe. Nun ſtimmen zwar freylich in der gemeinen Leſeart die meiſten und älteſten Handſchriften des Gratianiſchen Decrets überein, wie auch *Phil.* HEDDERICH in Obſervat. ad Can. 33. et 34. Cauſ. II. Qu. 6. §. 3. (in EIUSD. *Diſſertation. iuris eccleſ. german.* Vol. I. pag. 39. aus der Vergleichung mehrerer von ihm angeführten Cod. Mss. bemerkt hat. Allein dies beweißt nur, daß Gratian dem Canon fälſchlich einen affirmativen Sinn untergeſchoben habe. Daß aber *non liceat provocari* geleſen werden müſſe, erhellet theils aus der Verbindung des *can. 34.* und 37. *C. II. Qu. 6.* welche beyde aus dem can. 10. Concilii Carthaginenſis III. de a. Chr. 397. genommen, vom Gratian

aber

sich solches ausdrücklich vorbehalten haben[54]). Selbst der Schiedsrichter kann den einmal gethanen Ausspruch nicht mehr abändern[55]); er kann sogar selbigen wegen eines begangenen Irrthums nicht einmal verbessern[56]).

Denn

aber getrennt worden sind; theils aus dem *Codice canon. Ecclesiae Africanae* can. 15. (in *Guil.* VOELLI et *Henr.* IUSTELLI Bibliotheca iur. canon. vet. pag. 339. und in HARDUINI *Collect. Concilior.* Tom. I. pag. 962.) Man sehe ausser HEDDERICH Observat. cit. §. 6. noch vorzüglich *Car. Sebast.* BERARDUM ad Gratiani canones. P. I. cap. 15. pag. 148. (edit. *Venet.* 1777. 4.) Daß auch nach teutschen Rechten keine Appellation noch sonst ein suspensives Rechtsmittel gegen einen schiedsrichterlichen Ausspruch Statt finde, haben Kopp in den Proben des teutschen Lehnrechts 1. Th. S. 77. und AYRER cit. Diss. §. 28. gezeigt.

54) AYRER cit. Diss. de auctoritate arbitrii ex compromisso. §. 37. Eine solche Reservation im Kompromiß ist jedoch immer streng zu erklären, und über das ausdrücklich vorbehaltene Rechtsmittel nicht auszudehnen. LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 39. nr. 9. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. VIII. §. 104. not. γ.

55) *L. 19. §. fin. D. h. t.* Jedoch behauptet man heutiges Tages, daß ein Schiedsrichter seinen Ausspruch wenigstens declariren könne, im Falle derselbe dunkel oder unbestimmt ausgedruckt seyn sollte. S. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XII. §. 9. und SCHAUMBURG Compend. iur. canon. h. t. §. 9.

56) *L. 20. D. h. t.* Arbiter, etsi erraverit in sententia dicenda, corrigere eam non potest. Der Gerichtsgebrauch gestattet jedoch die Anfechtung des Ausspruchs, wenn derselbe auf einem offenbaren Irrthume beruhet. GAILIUS Lib. I. Observ. 150. und LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. LXV. med. 3. Man sehe jedoch Claproths Einleitung in den ord. bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 12. Not. c.

Denn sein Amt ist geendiget, sobald er seinen Ausspruch den Partheyen eröfnet hat[57]). Die Partheyen aber erlangen, vermöge des Kompromisses, ein so vollkommenes Recht auf das, was der Spruch besagt, daß ihnen solches auf keine Weise wieder entzogen werden kann[58]). Daher kann auch das Urteil eines Schiedsrichters eben so wenig, als ein Vergleich, wegen der Unbilligkeit oder wegen irgend einer Verletzung angefochten werden[59]). Es lehrt dieses nicht nur der Zweck des Kompromisses. Non enim differendarum litium causa, sagt Celsius[60]), sed tollendarum ad arbitros itur. Sondern eben dieses bestätigen auch die Gesetze[61]) ausdrücklich. Zwar wollen mehrere Rechtsgelehrte[62]) behaupten, daß es nach dem kanonischen Rechte gestattet sey, einen schiedsrichterlichen Ausspruch im Wege einer aussergerichtlichen Berufung binnen zehen Tagen anzufechten, und die Sache wegen erlittener Beschwerden an den ordentlichen Richter zu bringen. Allein aus den Gesetzen selbst läßt sich diese Meinung

57) *L. 19. §. fin. L. 21. pr. D. h. t.*

58) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. STIEGLITZ Diss. de potestate arbitri in litibus feudalibus sumendi. §. 6.

59) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 37.

60) *L. 37. D. h. t.*

61) *L. 76. D. Pro socio.* Arbitrorum genera sunt duo: unum eiusmodi, *ut, sive aequum sit, sive iniquum, parere debeamus;* quod observatur, *cum ex compromisso ad arbitrum itum est:* alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat.

62) *Ge. Lud.* BOEHMER Exercit. de Superarbitris Cap. II. §. 8. Claproth in der angef. Einleitung 1. Th. §. 12. und Not. a. S. 41. *Ant.* SCHMIDT Institut. iur. eccles. T. II. §. 169. in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4028.

nung nicht erweisen [63]). Indessen gestattet wenigstens der heutige Gerichtsgebrauch, nach dem Zeugniß practischer Rechtsgelehrten [64]), eine solche aussergerichtliche Berufung gegen den Ausspruch eines Schiedsrichters; obwohl andere an der Allgemeinheit einer solchen Praxis zweifeln, und daher vielmehr bey dem Buchstaben der Gesetze stehen zu bleiben, anrathen [65]).

Nur in folgenden Fällen kann von dem Ausspruche des Schiedsrichters abgegangen werden.

1) Wenn dem Kompromiß eine Conventionalstrafe beygefügt worden, die derjenige Theil bezahlen soll, der sich den schiedsrichterlichen Spruch nicht würde gefallen las-

63) S. *Phil.* HEDDERICH Elem. iuris canon. P. II. §. 121. Man beruft sich zwar auf das *Cap.* 2. *X. de arbitr.* wo es am Schluß heißt: vel *si arbitrium ipsum noveris aequitate subnixum*, ad obsevantiam ipsius utramque partem, appellatione cessante, compellas. Allein man hat nicht bedacht, daß in diesem Text von einem solchen Falle die Rede ist, wo wegen des von dem andern Theil begangenen Betrugs der schiedsrichterliche Ausspruch mit Recht angefochten werden konnte, und wo noch das einzige Mittel, ihn zu erhalten, dieses war, wenn er billig befunden würde, wie auch HEDDERICH in Dissertat. iur. eccles. germ. Vol. I. pag. 141. bemerkt hat.

64) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XII. §. 7. VOET h. t. §. 25. *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. XLIII. §. 15. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 856. HOFACKER c. I.

65) NELLER Collect. method. SS. canonum et LL. praecipuar. ad Tit. Decretal. de arbitris. Sect. IX. §. 4. sqq. BOEHMER Doctr. de actionibus Sect. II. cap. VII. §. 28. not.* et q. HEDDERICH cit. loc. pag. 141. und Schmidt im Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 756.

lassen[66]). In diesem Falle steht es demjenigen Theile, der die Conventionalstrafe bezahlt hat, frey, die Sache noch an den ordentlichen Richter zur Entscheidung zu bringen[67]); es muß nur nicht etwa die Strafe blos auf den Fall des Verzugs, und also salvo laudo, seyn beygefügt worden[68]), welches jedoch im Zweifel nicht vermuthet wird[69]).

2) Wenn der Schiedsrichter aus offenbarer Partheylichkeit und Feindschaft, oder aus Bestechung einen ungerechten Ausspruch gethan hat. In diesem Falle kann der Klage auf Vollziehung eines solchen Ausspruchs die exceptio doli mali entgegengesetzt werden[70]).

3) Wenn derselbe etwas Unanständiges erkannt hat[71]).

4) Wenn der Ausspruch des Schiedsrichters an sich nichtig ist. Dahin gehört,

a) wenn

66) *L. 2. L. 34. §. 1. et L. 38. D. h. t. L. 1. Cod. eodem. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8.

67) *L. 30. D. h. t. Nov. LXXXII. c. 11. Auth. Decernit C. h. t.* LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis §. 40.

68) MEIER Colleg. iur. Argentorat. h. t. §. 76. GAILL Observat. pract. Lib. I. Obs. 150. nr. 14. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4026.

69) *L. 10. §. D. de pact. L. 16. D. dc Transact.* EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not. u.

70) *L. 32. §. 14. D. h. t. L. 3. Cod. eodem.*

71) *L. 21. §. 7. D. h. t.*

a) wenn derselbe auf einem falschen Grunde beruhet [72]);

b) wenn die Sache nicht binnen der gesetzten Zeit entschieden worden ist [73]);

c) wenn gegen ein den vorliegenden Fall ganz klar entscheidendes Gesetz erkannt worden ist [74]);

d) wenn der Ausspruch einem rechtskräftigen Erkenntniß zuwider läuft [75]);

e) wenn wesentliche Bestandtheile eines jeden rechtlichen Verfahrens vernachlässiget worden sind; z. B. die Partheyen sind nicht gehört, oder offenbar erhebliche Thatsachen ganz unerörtert gelassen worden; endlich

f) wenn die von den Partheyen vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden ist.

Diesen Gründen, aus welchen ein schiedsrichterlicher Ausspruch angefochten werden kann, fügt der Gerichtsgebrauch, obwohl gegen den Sinn der Gesetze, noch

5) den hinzu, wenn der Ausspruch eine überaus grosse Verletzung enthält, die weit über die Hälfte hinausgehet, (laesio enormissima) und diese ganz deutlich aus den Acten constirt [76]).

72) SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 10.

73) *L. 32. §. 3. et ult. D. h. t. L. 1. Cod. eodem.*

74) SCHAUMBURG. c. l.

75) *Cap. 11. X. de arbitris.*

76) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 38. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 10. MEIER Colleg. iur. argentorat. h. t. §. 61.

Wenn nun aus irgend einem Grunde der schiedsrichterliche Ausspruch angefochten wird, es geschehe solches entweder durch die Nullitätsklage, oder durch das Rechtsmittel einer aussergerichtlichen Berufung, oder durch den Weg einer reductionis ad arbitrium boni viri, so muß dieses Rechtsmittel bey dem ordentlichen Richter des Beklagten eingewendet werden [77]), von dessen Ausspruche in der Praxis sogar eine fernere Appellation gestattet wird [78]).

§. 483.

Klage auf Befolgung des schiedsrichterlichen Ausspruchs.

Der Schiedsrichter kann seinen Ausspruch nicht selbst vollstrecken [79]). Denn er hat keine Gerichtsbarkeit.

§. 61. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. VIII. Th. 104. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4028. nr. IV. pag. 443. Zur Begründung dieses Gerichtsgebrauchs beruft man sich auf den Reichsabschied vom Jahr 1594. §. 66. Man sehe indessen BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. VII. §. 28. not. q. und Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen. 3. Band. §. 756. S. 277.

77) LUDOVICI Diss. de obligatione et effectu laudi §. 25. AYRER Diss. de auctoritate arbitrii ex compromisso. §. 38. et 39. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses. 1. Th. §. 1010.

78) VOET Commentar. h. t. §. 28. GAILL Observat. pract. Lib. I. Obs. 149. nr. 4. sq. LUDOVICI cit. Diss. §. ult. und AYRER cit. Diss. §. ult.

79) Eine Ausnahme findet nur denn Statt, wenn die Partheyen auf den ordentlichen Richter compromittirt hatten, und dieser, zwar

keit, sondern ist eine bloße Privatperson. Der obsiegende Theil muß daher bey dem ordentlichen Richter des Beklagten um die Execution der Sentenz anhalten. Die deshalb anzustellende Klage ist nicht die actio iudicati [80]), sondern eine actio in factum, oder besser die actio ex compromisso. Der Kläger gründet sich auf das geschlossene Kompromiß, und den in Gemäßheit desselben von dem Schiedsrichter gefälleten Ausspruch [81]). Beydes muß daher der Klagschrift beygefügt werden. Das Gesuch wird auf Vollstreckung des Erkenntnisses gerichtet. Daher muß dasjenige, was dem Beklagten durch den schiedsrichterlichen Ausspruch ist auferlegt worden, nach dem Inhalt desselben bestimmt ausgedruckt werden [82]). Gegen die Erben des Beklagten findet nur dann eine Klage Statt, wenn ihr Erblasser den schiedsrichterlichen Ausspruch noch erlebt hat [83]). Denn ist er vor dessen

zwar nach der Vorschrift des Kompromisses, aber doch vi suae iurisdictionis das Urteil gesprochen hat. S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4027.

80) *L. 1. C. h. t.* NELLER Collect. method. Sect. VIII. §. 1.

81) Daß der Ausspruch von den Partheyen unterschrieben, oder durch ein zehntägiges Stillschweigen des Beklagten bestätiget seyn müsse, wird h. z. T. nicht erfordert. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. VII. §. 27. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4028. Nr. II. Lit. C.

82) Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 3. Band. §. 755.

83) *L. 27. §. 1. L. 32. §. 19. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 41. Ist der Beklagte erst nach der Publication des schiedsrichterlichen Ausspruchs gestorben, so müssen dessen Erben sich dem Ausspruch unterwerfen, wenn gleich derselben

Ertheilung gestorben, so ist mit seinem Tode das Kompromiß erloschen, wenn es nicht mit auf die Erben gerichtet gewesen [84]). Ist statt der Befolgung des schiedsrichterlichen Ausspruchs eine Strafe verabredet worden, so kann zwar auf deren Bezahlung geklagt werden, wenn der Beklagte den Ausspruch zu befolgen sich weigert; sonst aber findet die Leistung des Interesse nur in subsidium Statt [85]).

§. 484.

Von der Aufhebung des Kompromisses.

Das Kompromiß erlöscht,

2) durch den Tod des Schiedsrichters, auch wenn von mehreren nur einer stirbt; es wäre denn, daß die mehreren Schiedsrichter blos alternative bestellet worden [86]). Ist auf ein gewisses Collegium compromittirt worden, so hört das Kompromiß nicht auf, wenn eins von den Mitgliedern desselben stirbt [87]) Eben dies gilt

im Kompromiß keine Erwähnung geschehen wäre. *L. 37. D. h. t.* LAUTERBACH Diss. de arbitris compromiss. §. 43. nr. 19.

84) Schmidt im angef. Commentar §. 754.

85) Schmidt §. 752. S. 273. u. folg.

86) *L. 45. D. h. t. Cap. 42. X. de offic. et potest. iud. deleg.* Durch den Tod des einen von mehreren bestellten Schiedsrichtern erlöscht auch dann das Kompromiß, wenn gleich bey desselben Tode die Sache schon völlig erörtert, und zum Spruch reif gewesen wäre. *Cap. 50. X. de testibus.* LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis. §. 42. NELLER Collect. cit. Sect. V. §. 6.

87) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 41.

gilt auch, wenn bey der Bestellung des Schiedsrichters nicht auf das Subject, sondern blos auf das Amt und die Würde desselben, welche unter mehreren Individuen abwechselt, Rücksicht genommen worden ist [88]).

2) Durch den Tod eines der Kompromittenten, wenn der Erben keine Erwähnung geschehen ist [89]). Es muß nur

a) der Tod vor der Ertheilung des schiedsrichterlichen Ausspruchs erfolgt [90]),

b) auch nicht von beyden Seiten der Erben Erwähnung geschehen [91]), und

c) wenn auf der einen oder der andern Seite mehrere Streitgenossen vorhanden sind, der Gegenstand des Rechtsstreits eine untheilbare Sache seyn [92]).

88) LAUTERBACH cit. Diss. §. 42. nr. 8. sqq.

89) *L.* 27. §. 1. *L.* 32. §. 3. *D. h. t. Cap. ult. X. de arbitris.*

90) *Cap.* 10. *X. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 41.

91) Ist nur von Seiten des einen Theils der Erben Erwähnung geschehen, so erlöscht das Kompromiß durch den Tod eines der Kompromittenten so gut, als wenn der Erben gar keine Erwähnung geschehen wäre. *L.* 49. §. 2. *D. h. t.*

92) *L.* 25. §. 9. *D. Famil. erciſc.* Ist die Sache theilbar, so wird angenommen, daß so viel Kompromisse geschlossen worden, als Theilhaber vorhanden sind, stirbt also einer derselben, so wird nur dessen Kompromiß für erloschen gehalten, und es dauert also in Ansehung der Ueberlebenden fort. L. 29. *pr. D. de Verbor. obligat. L.* 3. *C. communi divid.* S. LAUTERBACH Diss. de arbitris compromissariis. §. 43. nr. 6. et 7.

Hat ein Collegium in einer dasselbe betreffenden Rechtssache compromittirt, so erlöscht das Kompromiß nicht, wenn eins oder mehrere Mitglieder desselben sterben sollten [93]). Eben dieses gilt auch von dem Falle, wenn blos der Vorsteher oder Repräsentant eines Collegiums, z. E. der Prälat mit Einwilligung des Kapitels, oder ein Anwald in Sachen seines Principals, oder ein Vormund in Sachen seines Mündels oder Pflegbefohlnen compromittirt hätte, und ein solcher Kompromittent stirbt [94]).

3) Nach dem Ablaufe der im Kompromiß zur Entscheidung der Sache gesetzten Zeit [95]), welche jedoch nicht von dem Tage des geschlossenen Kompromisses, sondern der von dem erwählten Schiedsrichter geschehenen Annahme desselben an gerechnet wird [96]).

4) Durch die Einwilligung der Kompromittenten, wenn diese nämlich einig werden, die Sache entweder an den ordentlichen Richter oder an einen andern Schiedsrichter zu bringen [97]). Auch durch einseitige Reue, wenn der vom Kompromiß abgehende Theil die auf den Rücktritt gesetzte Conventionalstrafe bezahlt [98]).

5) Durch

93) LAUTERBACH Diss. de arbitris compromiss. §. 43. nr. 8.

94) LAUTERBACH cit. Diss. §. 43. nr. 10. sqq.

95) *L.* 21. §. 8. *L.* 32. §. 3. *in fin. D. h. t. L.* 1. *Cod. eodem.*

96) Arg. *L.* 3. §. 1. *et L.* 21. §. 5. *D. h. t.* LAUTERBACH cit. Diss. §. 47. nr. 1. et in Colleg. Pandect. h. t. §. 43. nr. 7.

97) *L.* 9. §. *fin. L.* 11. *pr. L.* 32. §. 3. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 43. nr. 4.

98) *L.* 30. *D. h. t.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 10. nr. VI. LAUTERBACH h. t. §. 43. nr. 4. Zwar ist CARPZOV in Iurispr. for.

5) **Durch Vergleich** [99]).

6) **Durch Concurs, in welchen einer von den Kompromittenten gerathen ist, und deßhalb geschehene Gütterabtretung** [100]).

7) **Durch den Untergang der Sache, wegen welcher das Kompromiß geschlossen worden ist, ausser in sofern deßhalb das Interesse gefordert werden kann** [1]).

Ich bemerke nur noch, daß wenn durch Aufhebung des Kompromisses die Sache an den ordentlichen Richter gebracht wird, deßwegen nicht alles dasjenige für vergeblich zu halten ist, und daher wiederholet werden darf, was bereits vor dem Schiedsrichter ordnungsmäßig ist verhandelt worden. Ist daher z. B. der Beweis vor dem Schiedsrichter schon vollkommen geführt, oder sonst die Sache bis zum Spruch bereits gehörig instruirt worden, und sie kommt nun durch den Tod des Schiedsrichters oder eines der Kompromittenten an den ordentlichen Richter; so verliert jenes Verfahren von seiner Gültigkeit in foro ordinario nichts [2]), sondern die Sache wird hier nur vollends beendiget, wie Johann Wilhelm Hoffmann [3]) gegen die Widersprüche einiger Rechtsgelehrten bey Gelegenheit eines merkwürdigen Rechtsfalles gezeigt hat.

for. P. I. Constit. I. Definit. 16. und in Processu Tit. II. Art. 3. nr. 31. anderer Meinung. Allein LAUTERBACH in Diss. de arbitris compromiss. §. 45. nr. 3. sqq. hat diese Meinung widerlegt.

99) *L. 32. §. 5. D. h. t.*

100) *L. 17. pr. D. h. t.*

1) *L. 32. §. 5. D. h. t.* LAUTERBACH Diss. de arbitris compromiss. §. 46.

2) *L. 5. §. ult. Cod. h. t.*

3) Observation. quae ad usum fori spectant, Fascicul. (*Francof. ad Viadr.* 1736. 4.) Obs. 13.

Lib. IV. Tit. IX.

Nautae, caupones, ſtabularii, ut recepta reſtituant.

---

§. 485.

Grund der Verbindung dieſes Titels mit dem vorhergehenden. Welche heißen *Nautae*, *Caupones* und *Stabularii*?

So auffallend auch die Verbindung zwiſchen dieſem und dem vorhergehenden Titel iſt; ſo kann doch wenigſtens den Verfaſſern der Pandecten dabey nichts zur Laſt gelegt werden, da beyde Titel nicht nur in dem Edicto perpetuo, ſondern auch in den Commentaren der Röm. Juriſten über das Edict ſchon eben ſo auf einander folgten, wie Heineccius[4]) gezeigt hat. Urſprünglich liegt der Grund dieſer Verbindung wohl in der Bedeutung des Worts *recipere*, welches auch hier, ſo wie in dem vorhergehenden Titel, ſoviel heißt, als durch bloſen Vertrag, ohne Stipulation, verſprechen, daß man etwas thun wolle[5]). Dies iſt nun aber der Fall bey denen, welche die Schiffarth, oder Gaſtwirthſchaft als Gewerbe treiben. Denn dieſe verſprechen, wo nicht immer ausdrücklich, doch wenigſtens ſtillſchweigend, daß ſie für die Sachen der Reiſenden, die ſie aufnehmen, haften wollen. Recipiunt ſalvum fore, wie Ulpian[6]) ſagt.

Nau-

4) Opuſcul. poſtum. de hiſtoria Edictor. Edictique perpetui, pag. 423. not. a. et pag. 427. not. a.

5) *Ant.* CONTIUS Diſputat. iur. civ. Lib. I. cap. 4. pag. 523.

6) *L. 1. §. 8. D. h. t.* Man vergleiche über dieſen Titel *Wolfg. Ad* LAUTERBACH Tr. ſynopt. de nautis, cauponibus et ſtabulariis.

Nautae werden zwar in der allgemeinen Bedeutung alle und jede Schiffsleute genennt, welche ſich navis navigandae cauſa auf dem Schiffe befinden; allein hier werden unter dieſer Benennung nur diejenigen verſtanden, qui navem exercent[7]), d. i. welche den Transport fremder Sachen und Perſonen zu Waſſer mit einem Schiff oder Pakelboot als ein Gewerbe treiben, und davon die Einkünfte ziehen, ſie mögen nun entweder Eigenthümer des Schiffes ſeyn, oder ein Schiff überhaupt zu dieſem Zweck auf beſtändig, oder auf eine beſtimmte Zeit, gemiethet haben[8]). *Nauta* heißt alſo hier ein Schiffsrheder oder Schiffspatron, und iſt von einem *magiſtro navis*, Schiffsmeiſter, zu unterſcheiden, welchem die Aufſicht des ganzen Schiffs von dem Rheder übertragen, und die Inſtruction ertheilt iſt, auf der Reiſe für alles zu ſorgen, was zur Schiffarth gehört, und dem Schiffsvolke die nöthigen Befehle zu geben[9]).

Caupones ſind Gaſtwirthe, welche einen Gaſthof halten, und darin Fremde für Geld aufnehmen und beherbergen[10]). Man unterſcheide davon die bloſen Schenkwirthe, ferner die Speiſewirthe oder Traiſtabulariis. *Tub. 1676.* und *Er. Dan.* LIEBHABER Exercitat. I. et II. ad hunc Tit. *Hanoverae 1747.*

7) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

8) *L.* 1. §. 15. *D. de exercitor. act.* Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, ſive is dominus navis ſit, ſive a domino navem per averſionem conduxit, vel ad tempus vel in perpetuum.

9) *L.* 1. §. 1. *D. eodem.* Magiſtrum navis accipere debemus, cui totius novis cura mandata eſt.

10) *L.* 1. §. 5. *D. h. t.*

Traiteurs, und die Billiardeurs, welche blos das Recht haben, Gäste mit Speise und Getränk zu bewirthen, nicht aber zu beherbergen. Diese gehören nicht hierher [11]).

Stabularii, Stallwirthe, sind diejenigen, deren Gewerbe darin besteht, daß sie die Pferde und das Vieh der Fremden für Geld in ihre Stallungen aufnehmen [12]).

Wer blos ein Schiff oder einen Gasthof dem Andern verpachtet, ist eben so wenig für einen nauta oder caupo zu halten, als derjenige, welcher ein Schiff blos zu seinen eigenen Bedürfnissen miethet, nicht aber um damit fremde Güter oder Personen für Geld zu transportiren [13]).

§. 486. u. 487.

Verbindlichkeit dieser Personen in Ansehung der aufgenommenen Sachen. Gründe des Prätors, diese Verbindlichkeit zu erweitern.

Schiffsrheder, Gastwirthe und Stallwirthe müssen nun für die Sachen der Fremden, die sie aufnehmen, haften, und zwar sind sie nach dem Edict des Prätors verbunden, allen an diesen Sachen entstehenden Schaden zu ersetzen, insofern sie nicht beweisen können, daß selbiger entweder durch die eigene Schuld der Reisenden, oder durch

11) MENCKEN Introd. in doctr. de action. for. Sect. II. Cap. II. Membr. XVIII. §. 4. und MADIHN ad *Eundem* not. 1081.

12) *L. 5. pr. D. h. t.* Stabularii sunt qui iumenta apud se stabulari permittunt. BRISSONIUS de Verbor. Signif. h. v.

13) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4009.

durch einen ganz unvermeidlichen Zufall verurſacht worden ſey [14]). Nach dem Röm. Civilrecht waren zwar nautae, caupones, und ſtabilarii in dem Umfange nicht verpflichtet, ſondern ſie konnten nur entweder mit der actione conducti, oder mit der actione depoſiti belangt werden, je nachdem die Aufnahme der Fremden und deren Sachen entweder mercede interveniente, oder gratis geſchehen war, und hafteten in dem erſten Falle nur für eine culpa levis, in dem letztern aber für eine culpa lata [15]). Allein der Prätor erweiterte dieſe Verbindlichkeit zum Vortheil und zur Sicherheit der Reiſenden dergeſtalt, daß es bey der Verantwortlichkeit der Schiffer, und Gaſtwirthe gar nicht mehr darauf ankommen ſoll, ob durch irgend ein Verſehen derſelben der Schade veranlaßt worden ſey. Nichts als erweisliche eigene Schuld der Reiſenden, oder ein damnum fatale (vis maior) d. i. ein ſolcher Zufall, der auch bey der gröſſeſten Sorgfalt und Aufmerkſamkeit nicht abgewendet werden konnte, ſoll ſie von der Verbindlichkeit zur Reſtitution der aufgenommenen Sachen befreyen [16]).

Die

14) *L. 1. pr. D. h. t. L. 3. §. 1. D. eodem. L. 2. C. de naufrag. L. 19. D. de probat.* LAUTERBACH cit. Diſſ. §. 37. et 38. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. Joh. Ludw. Schmids hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener practiſcher Rechtsmaterien 2. Band Nr. XCVI. §. 3. *de* WERNHER Obſervat. ſelect. for. T. II. Part. VIII. Obſ. 322. und Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 43.

15) *L. 3. §. 1. D. h. t.*

16) *L. 3. §. 1. D. h. t.* Hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamſi ſine culpa eius res periit, vel damnum datum eſt; niſi ſi quid damno fatali contingit. Inde Labeo ſcribit, ſi quid

Die Veranlassung zu dieser Verordnung des Prätors gaben, wie Ulpian [17]) bemerkt, die häufigen Betrügereyen solcher Leute, die bey den Römern von der Schiffarth, Gastwirthschaft und Stallwirthschaft Profession machten, und welche daher bey den Alten in schlechtem Credit standen [18]); es sind aber doch auch noch andere Gründe vorhanden, welche diese scheinbare Strenge des Prätors gegen die nautas, caupones und stabularios hinlänglich rechtfertigen [19]). Denn

1) sind Reisende genöthiget, sich und ihre Sachen solchen Leuten anzuvertrauen; man kann also auch billig von ihnen alle mögliche Treue und Sorgfalt fordern.

2) Erfordert es das Beste der Reisenden, daß ihnen so schnell, als möglich, geholfen, und selbige nicht in weitläuftige Processe verwickelt werden.

3) Können Gastwirthe selbst Entwendungen eher verhüten, als die Fremden, die sie aufnehmen.

4) Wollte

quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum, exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo, aut in caupona vis maior contigerit. Ueber die Erklärung dieser Stelle sind zwar die Rechtsgelehrten nicht einig, ich werde jedoch hiervon beym §. 490. weiter handeln.

17) *L. 1. §. 1. in fin. D. h. t. L. 3. §. 1. D. eodem.*

18) HORATIUS Lib. I. Sat. 5. v. 3. et 4. MARTIALIS Lib. I. Epigram. 57. et Lib. III. Epigr. 57. PERIZONIUS Lib. IV. ad *Aelian* cap. 1. nr. 1. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. Lib. IV. Tit. 5. §. 5. LIEBHABER cit. Exercitat. §. 8.

19) *L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. D. h. t.*

4) Wollte man dem Paſſagier die Verbindlichkeit auflegen, daß er immer den Urheber ſeines Schadens ausfindig machen, oder, daß der Schade durch die Schuld des Wirths geſchehen ſey, beweiſen müßte; ſo würde es unredlichen Wirthen ein leichtes ſeyn, den Gaſt um das Seinige zu bringen.

Dieſe Gründe haben unſtreitig auch noch heutiges Tages ihr völliges Gewicht, wenn auch gleich unſere Wirthe in dem Rufe nicht ſtehen, wie die bey den Römern [20]). Daher läßt ſich der heutige Gebrauch des Römiſchen Rechts in Anſehung unſerer Gaſtwirthe und Schiffer um ſo weniger bezweifeln, da ſogar noch ein neuer Grund hinzutritt, nämlich der, daß in Teutſchland die Anlegung der Gaſthöfe, ſo wie die Ausrüſtung der Frachtſchiffe, nicht ohne Erlaubniß der Obrigkeit geſchehen darf, und daher zugleich die Obrigkeit ſelbſt den Reiſenden für die Sicherheit garantirt [21]). Es läßt ſich

20) S. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts §. 18.

21) *Frid. Eſ. a* PUFFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. IV. Obſ. 150. §. 3. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXVI. medit. 1. 2. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 1. *Frid. Gottl.* ZOLLER Exercitat. uſum actionis de recepto quoad mores hodiernos exhibens. Lipſiae 1775. Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 1084. not. 3. Es iſt zwar nicht zu läugnen, daß an mehreren Orten das römiſche Recht in dieſer Lehre nicht angenommen ſey. Man ſehe HELLFELD Repertor. iur. privat. T. III. pag. 7694. und Fiſchers Lehrbegriff ſämmtl. Cameral- und Policeyrechte. 3. Band §. 611. Allein darum läßt ſich doch der heutige Gebrauch keinesweges ganz allgemein beſtreiten, wie SCHILTER Praxi iur. Rom. Exerc. XII. §. 25.

CAR-

sich aber auch mit Grund nicht behaupten, daß es unbillig sey, den Gastwirthen und Schiffsrhedern eine so strenge Verbindlichkeit aufzulegen, weil es, wie auch Ulpian [22]) selbst bemerkt, von ihrer freyen Entschliessung abhieng, ob sie dieses Gewerbe treiben wollten. Denn Niemand wird ja dazu gezwungen. Haben sie nun aber einmal ein solches Gewerbe ergriffen, so müssen sie sich auch der Natur der Sache nach alle diejenigen Beschwerlichkeiten gefallen lassen, welche die Gesetze damit verbunden haben. Es läßt sich daher das Rechtsverhältniß zwischen ihnen und den Gästen, die sie aufnehmen, richtiger mit unserm Verf. aus einem stillschweigenden Vertrage herleiten, wodurch sie sich, ipso facto receptionis, verbindlich machen, ihren Gästen diejenige vollkommene Sicherheit zu gewähren, welche diese mit Recht von ihnen erwarten; als wenn andere [23]) diese Ver-

CARRACH in Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionibus p. 295. *Io. Wilh.* RICHTER in Diss. ad h. Tit. de actione in factum ex quasi contractu receptionis moribus nostris non conveniente. *Lipsiae* 1759. und andere mehr thun.

22) *L. 1. §. 1. D. h. t.* Ne quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum: *nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant.* Dies heißt hier nicht soviel, als ob ein Gastwirth Reisende nach Gefallen abweisen könnte. Nein, dies darf Niemand, der einmal öffentlicher Gastwirth ist, wenn er nicht gegründete und erhebliche Ursachen dazu hat. *L. un. §. 6. D. Furti adv. nautas caupones stabul.* LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 7. Sondern das Gesetz will nur soviel sagen, es werde Niemand gezwungen, Gastwirthschaft zu treiben, sondern hänge von eines Jeden Willkühr ab. VOET h. t. §. 4.

23) *Ant.* FABER Rational. ad L. 1. D. h. t. VOET ad Pand. h. t. §. 2. WERNHER Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 319. *de*

COC-

Verbindlichkeit zur Claſſe derjenigen rechnen wollen, welche quaſi ex contractu entſtehen. Man will es zwar für unbegreiflich halten, wie ſich der Gaſtwirth durch die Aufnahme der Fremden ſtillſchweigend verpflichten ſollte, auch für ſolche Beſchädigungen zu haften, die er eigentlich nicht verſchuldet hat, welche aber doch auch nicht durch einen unmöglich abzuwenden geweſenen Zufall verurſacht worden ſind. Allein haben die Geſetze einmal verordnet, daß ein jeder Gaſtwirth auch für ſolche Schäden ſtehen müſſe, ſo läßt ſich allerdings behaupten, daß der Wirth gleich bey der Errichtung der Gaſtwirthſchaft ſich ſtillſchweigend auch zu deren Uebernehmung verpflichte [24]).

§. 488.

Verbindlichkeit der Erben; ferner der Gaſtwirthe aus den Handlungen ihrer Leute.

Da alſo die Verbindlichkeit der Gaſtwirthe und Schiffer aus einem Vertrage herrührt, und überdem keine Strafe, ſondern blos die Reſtitution der aufgenommenen Sachen betrift, ſo geht ſie auch auf die Erben über [25]).

Es

COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. I. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. a. Allein mit Recht haben dieſe Meinung widerlegt *I. H.* BOEHMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. VII. §. 29. *Eric. Dan.* LIEBHABER cit. Exercit. I. ad h. Tit. §. 4. und beſonders Weber in der ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 27. S. 80. ff.

24) S. WERNHER ſelect. Obſervation. for. T. II. P. VIII. Obſ. 321. nr. 6. ſqq. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 144. und Höpfner im Commentar über die Heineccíſchen Inſtitutionen §. 1084.

25) *L.* 3. §. 4. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 15.

Es muß jedoch der Gastwirth nicht nur für diejenigen Sachen stehen, die er selbst aufgenommen hat, sondern er ist auch eben so gut für diejenigen verantwortlich, welche von seinen Leuten sind aufgenommen worden, insofern er nämlich dieselben zur Aufnahme und Bewirthung der Fremden bestellet hat [26]). Dahin gehören die sogenannten Keller, und gewöhnlich auch die Hausknechte, wenn gleich Carpzov [27]) durch Vermischung der Römischen mediastinorum [28]) mit unsern Hausknechten das Gegentheil behaupten will, dessen Irrthum aber schon Berger [29]) bemerkt hat. Haben andere Personen die Sachen der Fremden in Empfang genommen, welche zur Aufnehmung derselben nicht bestellet waren, so haftet der Gastwirth dafür nicht, wenn auch gleich die Aufnahme von den Kindern desselben selbst geschehen wäre [30]).

§. 489.

26) *L. 1. §. 2. et 5. D. h. t.*

27) Iurispr. for. P. II. Const. 26. Def. 11.

28) *Mediastini* wurden bey den Römern diejenigen Sklaven genennt, welche zu keinem gewissen Dienst bestimmt waren, sondern im Hause immer in Bereitschaft stehen mußten, um das auszurichten, was ihnen von dem Herrn befohlen wurde. BRISSONIUS de Verbor. Significat. h. v.

29) Oeconom. iur. Lib. III. Tit. VI. Th. 8. Not. 4. dem Carpzov stimmen indessen mehrere bey, als LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 12. STRUV Exercit. VIII. §. 110. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4032. Not. e. p. 468.

30) WERNHER Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 321. in Supplem. p. 372. und *Abr.* KAESTNER Diss. de damno fatali in caupona contingente. (*Lipsiae* 1743.) §. 17.

§. 489.

Inwiefern befreyet die Proteſtation den Wirth von ſeiner Verbindlichkeit? Die Uebergebung des Stubenſchlüſſels enthält an ſich dergleichen nicht?

Hat der Wirth ausdrücklich proteſtirt, daß er für nichts ſtehe, und daher den Fremden, die bey ihm Quartier nehmen, angedeutet, daß ſie ihre Sachen ſelbſt in Acht nehmen müßten, ſo kommt es darauf an, ob dieſe Erklärung gleich Anfangs bey der Aufnahme geſchehen, oder erſt nach geſchehener Aufnahme erfolgt iſt. In dem erſten Falle iſt er von derjenigen ſtrengen Verbindlichkeit frey, die ihm ſonſt als Gaſtwirth obliegt, und er haftet alsdann nur für ein grobes oder mäßiges Verſehen, je nachdem die Aufnahme unentgeldlich, oder für ein Quartiergeld geſchehen iſt [31]). In dem letztern Falle hingegen kann die nachher erfolgte Proteſtation den Gaſtwirth von der durch das factum receptionis einmal geſetzlich begründeten Verbindlichkeit, den Gäſten für die aufgenommenen Sachen zu ſtehen, keinesweges befreyen, wenn auch letztere dieſer Erklärung des Wirths nicht widerſprochen, ſondern ihr Quartier bey ihm behalten hätten [32]).

Eben ſo gewiß iſt es auch, daß der Gaſtwirth dadurch, daß er dem Paſſagier bey der Aufnahme den Schlüſſel zu der demſelben eingegebenen Stube zugeſtellt hat, von ſeiner Verbindlichkeit, für die Sicherheit der aufgenommenen

31) *L. 7. pr. D. h. t.* KAESTNER cit. Diſſ. §. 21. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

32) LAUTERBACH Diſſ. de nautis cauponibus et ſtabulariis §. 48. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4033.

nen Sachen zu haften, sich nicht frey mache [33]). Denn diese Zustellung des Schlüssels giebt dem Reisenden, wenn er auch alle Vorsicht in Verschliessung der Stube anwendet, doch noch keine hinlängliche Sicherheit, weil die Stube demohngeachtet leicht durch einen Nachschlüssel, oder Dieterich geöfnet, und desselben Sache gestohlen werden kann [34]). Es kann auch mit Grund nicht behauptet werden, daß sich der Reisende durch die Annahme des Stubenschlüssels seines Sicherheitsrechts an dem Gastwirth stillschweigend begeben habe, weil der Stubenschlüssel gewöhnlich nur in der Absicht gegeben wird, damit der Passagier beym Ausgehen, und zur Nachtzeit, die Stube verschliessen könne, und zu deren Wiedereröfnung nicht allemal dem Gastwirth den Schlüssel abzufordern nöthig habe. Der Gastwirth bleibt also verbindlich, der Reisende mag den Stubenschlüssel mit oder ohne Protestation angenommen haben [35]).

§. 490.

Ein Gastwirth haftet auch für die Handlungen der aufgenommenen Passagiere. Nur nicht für unvermeidliche Zufälle.

Gastwirthe müssen nun also ihren Gästen für allen Schaden stehen, der an den Sachen geschieht, die sie mit sich

33) PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 150. §. 5. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 6. Th. 8. Not. 10. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien 2. Band. Nr. XCVI. §. 2.

34) STRUV Evolution. controversiar. h. t. Exerc. VIII. Th. 117.

35) LAUTERBACH cit. Diss. §. 45. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4033. lit. C. Schmidt a. a. O. Anderer Meinung ist jedoch VOET in Comment. h. t. §. 7.

ſich in das Wirthshaus bringen; der Schade mag von ihnen ſelbſt, oder von ihren Leuten, oder auch von andern Paſſagieren geſchehen ſeyn. Eben ſo die Schiffsrheder. Ulpian [36]) läßt uns wenigſtens hieran nicht zweifeln, wenn er ſagt: Et puto, omnium eum recipere cuſtodiam, quae in navem illatae ſunt; et factum non ſolum nautarum praeſtare debere, ſed et vectorum; und Gajus [37]) fügt noch hinzu: ſicut et caupo viatorum. Nun ſcheint zwar dieſem entgegen zu ſeyn, wenn Paulus [38]) ſagt: In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi cauſa in caupona ſunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui hoſpitio repentino recipitur, veluti viator. Ja Ulpian [39]) ſcheint ſich ſelbſt zu widerſprechen, wenn er ſagt: Caupo praeſtat factum eorum, qui in ea caupona, eius cauponae exercendae cauſa, ibi ſunt. Viatorum autem factum non praeſtat; namque viatorem ſibi eligere caupo vel ſtabularius non videtur, nec repellere poteſt iter agentes. Inhabitatores vero perpetuos ipſe quodammodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praeſtare. In navi quoque vectorum factum non praeſtatur. Es läßt ſich jedoch dieſer anſcheinende Widerſpruch nach der Meinung der meiſten Rechtsgelehrten [40]) leicht

36) *L. 1. §. fin. D. h. t.*

37) *L. 2. D. h. t.*

38) *L. 6. §. 3. D. h. t.*

39) *L. un. §. 6. D. furti adverſus nautus.*

40) *Ant.* FABER Rational. ad L. 1. §. 8. et L. 6. §. 3. D. h. t. *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. I. cap. 2. (in *Theſ. iur. Rom. Ottonian.* T. II. pag. 624. ſqq.) VOET in Commentar. ad

leicht dadurch heben, wenn man unterscheidet, ob blos auf Schadensersatz, oder ob quasi ex delicto gegen den Wirth auf den doppelten Werth der entwendeten oder beschädigten Sachen geklagt wird. In dem letztern Falle haftet er nur für die Schuld seiner Leute, nicht aber für die Fremden, die er aufgenommen hat; für diese hingegen ist er auch alsdann verantwortlich, wenn blos auf Schadensersatz geklagt wird. Man könnte zwar dagegen einwenden, daß der Grund, den Ulpian anführt, ganz allgemein sey, und dieser Vereinigungsart entgegen streite, wie auch Herr Prof. Wehrn [41]) wirklich erinnert hat, welcher daher einen andern Weg einschlägt, und nur dann den Gastwirth für schuldig hält, für die Handlungen der Passagiere zu haften, wenn er es bey der Aufnahme eines Gastes an derjenigen Vorsicht und Wachsamkeit hat mangeln lassen, die jedem ordentlichen Gastwirth schlechterdings obliegt. Allein mich dünkt, Ulpian hebe diesen Zweifel hinlänglich, wenn er sagt [42]): Hoc edicto *omnimodo*, qui recepit, tenetur, *etiamsi sine culpa eius res periit, vel damnum datum est*; nisi si quid damno fatali contingit. Er giebt hierdurch deutlich genug zu verstehen, daß es bey der Verbindlichkeit des Gastwirths, den Reisenden für die Sachen zu stehen, die sie mit sich in den Gasthof gebracht haben, gar nicht darauf ankommen solle, ob durch irgend ein Versehen desselben

ad h. t. §. 2. et 3. BRUNNEMANN in Comment. ad L. 1. D. h. t. nr. 12. et ad L. un. D. furti adv. nautas. nr. 2. POTHIER in Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. VIII. not. b. u. a. m.

41) Doctrina iuris explicatr. principior et causarum damni praestandi §. 19.

42) *L. 3. §. 1. D. h. t.*

ſelben der Schade veranlaßt worden ſey. Zwar will Herr Prof. Wehrn[43]) die Worte Ulpians: *etiamſi ſine culpa eius res periit*, blos von einer culpa levi in concreto verſtehen, und dahin erklären, daß der Gaſtwirth dadurch noch nicht von ſeiner Verbindlichkeit loskomme, wenn er beweißt, er habe diejenige Sorgfalt in Anſehung der aufgenommenen Sachen angewendet, welche er gewöhnlich bey Treibung ſeiner Gaſtwirthſchaft anzuwenden pflegt. Er meint daher, alles übrige, was der Gaſtwirth nicht culpa levi in abſtracto verſchuldet hätte, ſey nach dem Sinn des Röm. Rechts als ein damnum fatale anzuſehen. Allein mir iſt es unbegreiflich, wie Ulpian hier an eine culpam levem in concreto habe denken können, da ſchon die Verbindlichkeit aus dem Miethcontract, die doch der Prätor durch ſein Edict zum Vortheil der Reiſenden erweitern wollte, die Präſtation einer culpae levis in abſtracto zur Folge hat, und überdem eine culpa levis in concreto nur immer Ausnahme von der Regel iſt[44]). Wie wenig es bey der Verantwortlichkeit der Gaſtwirthe darauf ankommt, ob ſie ſelbſt durch irgend ein Verſehen den Schaden veranlaßt haben, iſt daraus offenbar, 1) weil ſie auch für Diebſtähle eben ſo, wie für eine jede andere Art der Beſchädigung ohne Unterſchied haften[45]), und weil 2) nichts als erweißliches damnum fatale ſie entſchuldigen ſoll[46]). Hierunter wird nun aber nicht jeder Zufall verſtanden, den der

43) cit. loc. §. 18. pag. 153.

44) S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 322. S. 336. folg.

45) *L. 5. §. 1. D. h. t.* LAUTERBACH cit. Diſſ. ad h. Tit. §. 40.

46) *L. 3. §. 1. D. h. t.*

Gastwirth nicht verschuldet hat, sondern eine *vis maior*, wie Ulpian gleich nachher [47]) sagt, welcher Ausdruck eine solche Begebenheit bezeichnet, die man auf keine Weise abzuwenden, oder der man durchaus nicht zu widerstehen im Stande war [48]). Dahin gehört z. B. Einfall der Feinde, gewaltsamer Einbruch der Räuber, Ungewitter, Brand, der in des Nachbars Hause entstanden ist, u. dgl. Für solche Zufälle darf der Gastwirth nicht stehen, so wenig als der Schiffsrheder für unabwendbaren Schiffbruch oder für die Gewalt der Seeräuber [49]). Dahingegen befreyen solche casus fortuiti den Gastwirth von seiner Verbindlichkeit nicht, die jene physische Unmöglichkeit der Abwendung nicht mit sich führen, wenn er auch beweisen wollte, daß sie sich ohne seine Schuld ereignet haben. Dahin gehören nun solche Schäden, die durch Diebstahl von Leuten im Hause, oder durch Feuer, das in dem Gasthofe selbst ausgekommen ist, verursacht worden sind [50]). Hierdurch widerlegt sich nun auch

47) *L. cit.*

48) *L.* 52. §. 3. *D. Pro socio. L. 18. pr. D. Commodati. L.* 25. §. 6. *D. Locati. L.* 24. §. 4. *D. de damno infecto. L.* 1. §. 4. *D. de obligat. et action. L.* 6. *C. de pign. act.* Man sehe auch *Guil.* PROUSTEAU Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. 8. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 495. sqq.) *Io. D'*AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 23. (in *Thes. Meermann* Tom. IV. pag. 50.)

49) *L. cit.* 3. §. 1. *D. h. t.*

50) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 321. et Observ. 322. LAUTERBACH Tract. synopt. de nautis, cauponibus etc. §. 39. 40. et sqq. *Abr.* KAESTNER Diss. de damno fatali in caupona contingente. §. 23—28. PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. §. 6. und LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXVI. medit. 5. et 6.

auch zugleich die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [51]), welche die oben angeführte Stelle Ulpians ſo verſtanden wiſſen wollen, daß der Gaſtwirth für den Schaden ſtehen müſſe, wenn gleich die Sachen ohne eine culpa levis deſſelben zu Grunde gegangen wären; er ſey folglich zwar ob culpam leviſſimam verantwortlich, hingegen einen ſolchen Schaden, der in einem bloßen Unglücksfalle ſeinen Grund habe, brauche er nicht zu erſetzen. Eine Meinung, die auch ſchon Freyherr von Wernher [52]) hinlänglich widerlegt hat.

§. 491.

Eine beſondere Anzeige der in den Gaſthof gebrachten Sachen wird nicht erfordert.

Ein Gaſtwirth muß ſeinen Gäſten für alle Sachen ſtehen, die ſie mit ſich in den Gaſthof gebracht haben, auch wenn ſie ihm nicht namentlich angegeben und vorgezeigt worden ſind [53]). Er haftet alſo auch für die Sachen, welche der Paſſagier in ſeinem verſchloſſenen Coffre, oder Kiſte, oder Felleiſen hatte, wenn ihm etwas daraus in dem Gaſthofe entwendet worden iſt [54]). Nur muß freylich

51) TITIUS in iure privat. Rom. germ. Lib. X. cap. XIV. §. 8. ſqq. *Ge. Frid.* KRAUSII Diſſ. de actione de recepto caſum fortuitum non perſequente, ad explicat. L. 3. §. 1. D. Naut. caup. ſtab. *Vitembergae* 1750. und Joh. Chriſt. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 1. Theil (Leipzig 1793. 4.) Bemerk. 100.

52) Select. Obſervat. for. Tom. II. P. VIII. Obſ. 321. nr. 6. ſqq.

53) *L. 1. §. 8. D. h. t.* WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. VIII. Obſ. 320.

54) Arg. *L. 1. §. 41. D. Depoſiti.*

der Gast beweisen, daß diejenigen Sachen wirklich in dem verschlossenen Coffre oder Kiste befindlich gewesen sind, deren Ersatz er verlangt [55]). Sollte durch diesen Beweis der Betrag des Schadens noch nicht vollkommen ausgemittelt seyn; z. B. die Zeugen sagen, der Kläger habe allerdings viel Silberzeug und Geld in dem Coffre gehabt, allein sie könnten die eigentliche Beschaffenheit und den wahren Werth dieser Sachen nicht bestimmt angeben; so wird der Kläger zum Erfüllungseide gelassen, wenn er ein ehrlicher und unbescholtener Mann ist, von dem sich ein Meineid nicht leicht besorgen läßt, und der auch nach seinem Stand und Gewerbe die Vermuthung für sich hat, daß er solche Sachen, als ihm angeblich weggekommen sind, bey sich geführt habe [56]). Ohne allen Beweis wird der Kläger nicht zum Eide gelassen. Denn dieser Eid ist hier kein anderer, als ein Erfüllungseid, welcher da, wo es an allem Beweise mangelt, nicht erkannt werden kann [57]). Hat der Reisende seinen verschlossenen Coffre oder Kasten dem Wirth selbst

55) *L. 2. D. de Probation.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XII. §. 24.

56) *L. 1. §. 40. D. Depositi.* WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 323. von Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. 77. Nr. 2. §. 18. Ge. Fried. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 2. Bd. VII. Bemerk. S. 79. f. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4031. lit. C.

57) S. *Christ. Lud.* CRELLII Observationes de iureiurando suppletorio, quod sine probatione decernitur. *Vitembergae* 1751. §. 2. (*Fascic. X. Dissertat. et Progr. Crellianor.* Nr. 84.) und Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit 1. Th. 30. Bemerk.

ſelbſt in Verwahrung gegeben, und er erhält ſolchen nachher eröffnet von dem Wirth zurück; ſo behauptet man in der Praxis, daß hier, ohne weitern Beweis, der Gaſt wegen deſſen, was in dem Coffre befindlich geweſen, auf ſein Verlangen zum Eide zu laſſen ſey, und den durch dieſen Eid bewieſenen Schaden müſſe ſodann der Wirth erſetzen [58]). Allein die Vermuthung, welche hier angenommen wird, nämlich, daß derjenige, welcher eine bey ihm hinterlegte Kiſte eröffnet zurückgiebt, da er ſie verſchloſſen erhielt, eines Betrugs ſchuldig ſey, iſt weder in den Geſetzen, noch in der Natur der Sache gegründet. Denn man muß im Zweifel jeden Menſchen für rechtſchaffen halten, bis das Gegentheil erwieſen iſt [59]); zumal da es ſehr wohl möglich iſt, daß die Kiſte von andern Leuten im Hauſe kann erbrochen worden ſeyn. Die an den Schlößern derſelben befindliche Verletzung kann alſo an ſich noch keine Vermuthung wider den Gaſtwirth begründen, daß er den Dolus begangen habe [60]). Nur in dem Falle halte ich jene Meinung der Practiker für theoretiſch richtig, wenn der Gaſt den Dolus

58) Man nennt dieſen Eid ein *iuramentum quaſi Zenonianum.* S. MENOCHIUS Arbitr. iud. Quaeſt. Lib. II. Cent. III. Caſ. 208. nr. 26. MASCARDUS de Probationib. Vol. II. Concluſio DCCCXXXIII. nr. 8. ſqq. MEVIUS Deciſion. T. II. P. IX. Deciſ. 55. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 8. LAUTERBACH in Tract. de nautis, cauponibus, etc. §. 51. und LEYSER Specim. LXVI. medit. 9.

59) *L. 18. §. 1. D. de Probation.* Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admiſſum debet. Eben ſo *L. 6. Cod. de dolo malo.*

60) *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XVI. Tit. 3. Qu. 5. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. h. (Tom. II. pag. 320.)

lus des Gastwirths wirklich beweisen, oder nur soviel darthun könnte, daß der Wirth einige Stücke aus der Kiste in seinen Nutzen verwendet habe. Hier würde er allerdings wegen der in derselben befindlich gewesenen Sachen mit seinem Eide zuzulassen seyn [61]). Ausserdem aber glaube ich nicht, daß der Eid die Stelle aller andern Beweismittel vertreten könne, sondern es muß der Gast auch in dem Falle, da der Wirth die ihm verschlossen übergebene Kiste eröffnet wieder zurückgiebt, vor allen Dingen mit Zeugen beweisen, was in der Kiste gewesen sey, wenn er will, daß ihm der Schade ersetzt werde [62]).

§. 492.

Bey welchen Personen findet die strenge Verbindlichkeit ex recepto nicht Statt.

Die strenge Verbindlichkeit ex recepto trift nun aber blos diejenigen, welche Profession davon machen, Reisende und deren Sachen aufzunehmen, und solche auch in dieser Qualität, als Gastwirthe, aufgenommen haben [63]). Sie findet also

1) bey denen nicht Statt, die von der Gastwirthschaft keine Profession machen, sondern vermöge einer besondern Uebereinkunft Fremde und deren Sachen in ihr Haus aufneh-

61) *L. 9. D. de in lit. iur. L. 1. §. 26. D. Depositi. L. 9. Cod. unde vi.* BRUNNEMANN Comm. ad L. 1. §. 41. D. Depositi; und CRELL cit. Observat. de iuram. suppletorio. §. 2. pag. 14.

62) Mit mir stimmt ganz überein *Ios.* MASCARDUS de Probationibus Vol. II. Conclus. DCCCXXXIII. nr. 8. et 9. pag. 350.

63) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4032.

nehmen [64]). So z. B. logiren zur Meßzeit viele fremde Kaufleute in Privathäuſern zu Frankfurt und Leipzig. Hier tritt blos die obligatio ex locato oder ex depoſito ein.

2) Sie findet auch nicht gegen Gaſtwirthe in dem Falle Statt, wenn ſelbige Perſonen und Sachen nicht in der Qualität als Gaſtwirthe, ſondern, wie Ulpian ſagt [65]), extra negotium ſuum aufgenommen haben. Z. B. ein Gaſtwirth vermiethet zur Meßzeit einem fremden Kaufmann ſein Gewölbe oder ſeinen Laden, um darin ſeine Waaren feil zu haben; oder es zieht ein Student in einen Gaſthof zur Miethe ein; oder es leihet Jemand einem Gaſtwirth Sachen, oder er giebt ſie demſelben für eine Schuld zum Pfande. In allen dieſen Fällen haftet der Wirth für keine andere Culpa, als welche er nach der Natur des mit ihm geſchloſſenen Contracts zu vertreten ſchuldig iſt [66]).

Es entſteht hier noch die Frage, ob die Verbindlichkeit ex recepto auch dann noch fortdauere, wenn der Gaſt abreiſet, und dem Gaſtwirth bis zu ſeiner Zurückkunft Sachen in Verwahrung giebt? Hier ſuchen zwar die Gaſtwirthe insgemein zu behaupten, daß ſie als bloſe Depoſitare anzuſehen wären, und daher nur für einen Dolus, oder für eine culpa lata haften dürften, deren Beweis auch dem Kläger zuförderſt obliege. Allein der Gaſtwirth wird durch die von ihm ausdrücklich übernommene Verwahrung der

Sachen

64) LAUTERBACH Tract. de nautis, caupon. etc. §. 23. und in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10.

65) L. 3. §. 2. D. h. t.

66) LAUTERBACH cit. Tractat. §. 24. und in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11.

Sachen des Fremden von der durch das factum receptionis einmal begründeten Verbindlichkeit, worin er ausserdem, in Ansehung der von dem Gast in den Gasthof gebrachten Sachen, sich befunden, keinesweges befreyet; indem vielmehr in Gemäßheit der L 3. D. h. t. die Verbindlichkeit ex recepto zu der aus einem Contract vorhandenen Verbindlichkeit hinzutritt, und mit derselben besteht, wie Meister [67]) bey Gelegenheit eines merkwürdigen Rechtsfalles sehr gut gezeigt hat.

§. 493.

Ausdehnung der Verbindlichkeit ex recepto auf Postmeister und Landkutscher.

Obgleich die strenge Verbindlichkeit ex recepto in den Worten des Edicts ausdrücklich nur auf nautas, caupones, und stabularios eingeschränkt ist, so haben dennoch schon die Römischen Rechtsgelehrten kein Bedenken gefunden, solche wegen der Gleichheit des gesetzlichen Grundes auch auf andere Personen auszudehnen, deren in dem Edict keine ausdrückliche Erwähnung geschehen ist. Ein Beyspiel von einer solchen ausdehnenden Erklärung giebt Ulpian, wenn er sagt [68]): De exercitoribus ratium, item lintrariis nihil cavetur, sed idem constitui oportere, LABEO scribit; et hoc iure utimur. Man könnte zwar einwenden, das, was in dem Edict des Prätors nicht ausdrücklich gesagt ist, könne wenigstens nach dem juristischen Sprachgebrauch unter das Gesetz subsumirt werden, weil das

67) Practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 2. Band Bemerk. 7. S. 77. ff.

68) *L. 1. §. 4. D. h. t.*

das Wort navis eine jede Art von Fahrzeug auf dem Waſſer bezeichne [69]), und alſo auch lintres, Kähne, und rates, Flöſſe [70]), unter ſich begreife. Es ſey alſo hier kein ächtes Beyſpiel einer ausdehnenden Erklärung nach dem Grunde des Geſetzes vorhanden. Allein wäre dieſes, ſo hätte wohl Ulpian nicht nöthig gehabt, um jene Erklärung zu begründen, auf Labeo und den Gerichtsgebrauch zu provociren [71]). Man ſieht es auch aus andern Stellen der Klaſſiker [72]), daß man navem, ratem und lintrem unterſchieden habe, und daß daher die lintrarii und ratium exercitores, oder, wie Paulus ſagt [73]), ratiarii, mit den nautis nicht einerley geweſen ſeyen.

Auf gleiche Weiſe erlaubt man ſich nun auch in der heutigen Praxis eine Ausdehnung des prätoriſchen Edicts de nautis auf unſere Poſtmeiſter und Landkutſcher, weil man dieſen Leuten das Seinige ſo gut anvertrauen müſſe, als den Schiffern, und die allgemeine Wohlfarth erfordere, daß diejenigen, welche etwas auf Poſten und Landkutſchen geben, deshalb völlig geſichert ſind [74]). Nun hat man

69) *L. 1. §. 6. D. de exercit. act.*

70) *L. 1. §. 14. D. de fluminib.* GELLIUS Noct. Atticar. Lib. X. cap. 25.

71) *Ferd. Chriſtph.* HARPPRECHT Diſp. de actione utili de recepto. Cap. II. §. 4 – 6. (in EIUS *Diſſertat. academic.* Vol. I. Nr. XVI.)

72) CICERO *pro Milon.* et *in Verrem.* FESTUS v. *Ratis.*

73) *L. 30. D. de pignerat. act.*

74) RICHTER P. III. Dec. CXLI. nr. 15. 16. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XII. §. 25. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXVI. med. 3. WERNHER ſel. Obſervat. for. T. II. P. IX. Obſ. 229. in Supplem. *Ern. Imm.* TENTZEL Diſſ. Magiſtros poſta-

man zwar manche nicht unerhebliche Gründe von Seiten der Theorie dagegen vorgebracht, weßhalb jenes Gesetz wegen seiner großen Strenge nicht so ausdehnend erklärt werden sollte, unter denen vorzüglich der Grund alle Aufmerksamkeit verdient, daß bey Postwägen und Landkutschen, welche ohne weitere Bedeckung oft zur Nachtzeit durch Wälder und andere beschwerliche und unsichere Wege passiren müssen, Entwendungen weit schwerer, als in den Gasthöfen und auf Schiffen, verhütet werden können, folglich die Lage der Postmeister und Landkutscher weit schlimmer, als die der nautarum und cauponum, seyn würde [75]). Inzwischen fehlt es der heutigen Praxis doch auch nicht an Rechtsgründen, welche jene ausdehnende Erklärung rechtfertigen [76]); und billig muß hier in Erwägung gezogen werden,

postarum teneri ex actione de recepto. *Erf.* 1715. *Christ. Ferd.* HARPPRECHT Diss. de officio magistri postarum tam in genere, quam in specie quoad restitutionem pecuniae aliusve rei ipsi concreditae sed amissae. *Tubingae* 1755. Cap. II. §. 5. sqq. Beust Versuch einer ausführlichen Erklärung des Postregals 2. Th. 7. Abschn. §. 6. Pütters auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 4. Th. Dec. CXLII. S. 990. ff.

75) *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss. actio utilis de recepto utrum contra rhedarum meritoriarum exercitores, postarum magistros, et quoscunque aurigas, Postmeister, Landkutscher, und andere Fuhrleute, locum obtineat? (in EIUS *Dissertat. academic.* Vol. I. Nr. XVII. pag. 564. sqq.) LAUTERBACH Tract. de nautis etc. §. 33. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4034.

76) S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. *). LEYSER Specim. LXVI. med. 3. *Er. Dan.* LIEBHABER in Exercit. II. ad h. Tit. §. 2. sqq. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. Band. Medit. 88.

werden, daß ohne eine uneingeſchränkte Sicherheit die Poſtanſtalt ſelbſt kein uneingeſchränktes Zutrauen gewinnen, und folglich nicht zur möglichſten Vollkommenheit und Einträglichkeit gelangen kann, wie Hr. Hofr. Runde[77]) ſehr gründlich bemerkt hat. Die Poſtämter erkennen ſich auch zur Leiſtung einer ſolchen uneingeſchränkten Sicherheit eben dadurch ſelbſt verpflichtet, daß ſie für Geldſummen, und andere Koſtbarkeiten, die auf die Poſt gegeben worden ſind, die Größe des Poſtgeldes nicht nach dem Gewicht, ſondern nach dem Werthe der Sachen anſetzen, und darüber auch eigene, auf eine gewiſſe Zeit gültige Empfang, und Verſicherungsſcheine ausſtellen. Es läßt ſich daher mit gutem Grunde behaupten, daß nach der Abſicht der Contrahenten die Poſtämter für jeden auch durch Raub und Diebſtahl verurſachten Schaden haften müſſen[78]). Wollte man die Verbindlichkeit der Poſtmeiſter und Landkutſcher in Anſehung der ihnen anvertrauten Sachen blos nach den Grundſätzen vom Miethcontract beurtheilen, ſo würde wegen

77) In den Grundſätzen des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 135.

78) Runde a. a. O. und Danz im Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts 1. Band §. 135. Nr. III. S. 477. Sollten die Sachen durch einen andern ganz unabwendlichen Unglücksfall z. B. durch einen vom Blitz entſtandenen Brand zu Grunde gegangen ſeyn, ſo muß dieſen Schaden billig der Eigenthümer tragen. LEYSER Specim. LXVI. medit. 5. *Lud. ab* HOERNINGK de regali Poſtarum iure Cap. IV, §. 18. Fiſcher im Lehrbegriff ſämmtlicher Cameral- und Policeyrechte 2. Band §. 663. Danz a. a. O. Not d. S. 473. und Joh. Lud. Schmidt hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener pract. Rechtsmaterien 2. Band Nr. LXXI. §. 2.

gen des schweren und oft unmöglichen Beweises einer dem Postmeister oder dem Landkutscher beyzumessenden Schuld die Klage in den meisten Fällen vergeblich seyn[79]).

Wenn eine auf die Post gegebene Sache mehrere Stationen zu passiren hat, die von verschiedenen Postmeistern verwaltet werden, und sie geht verlohren; so haftet zwar dafür ein jeder dieser Postmeister, der den Empfang nicht läugnen kann. Es muß daher auch demjenigen, welcher den Verlust erlitten hat, der Regel nach freystehen, nach seiner Convenienz entweder denjenigen Postmeister in Anspruch zu nehmen, dem er die Sache unmittelbar zur Bestellung übergeben hat, oder denjenigen zu belangen, auf dessen Station die Sache verlohren gegangen ist[80]). Keinesweges aber kann sich der erste Postmeister, wenn er ex facto receptionis unmittelbar belangt wird, gegen die wider ihn angestellte Klage mit der Einrede schützen, daß nicht auf seiner Station der Schade sich ereignet habe, sondern die Sache richtig an die andere Station abgegeben worden sey, weil derselbe nach der Absicht der Contrahenten nicht blos für den richtigen Abgang, sondern auch für die richtige Ueberlieferung der Sache an Ort und Stelle, stehen muß, insofern ihm nicht deshalb die besondere Postordnung des Landes zu statten kommt[81]). Leyser[82]) will zwar dem in Anspruch

79) Schmidt a. a. O. §. 3. S. 237. f.

80) S. Christ. Fried. Imm. Schorch neue Sammlung auserlesener Gutachten und Urtelssprüche der Erfurtischen Juristen Facultät. (Erfurt 1798.) Nr. III. S. 19. sqq.

81) Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien 2. Band Nr. LXXII. S. 238. ff.

82) Meditat. ad Pand. Specim. LXVI. medit. 6.

ſpruch genommenen Poſtmeiſter die Einrede der Excuſſion geſtatten, wenn er beweiſen kann, daß der Schade nicht auf ſeiner, ſondern eines andern Poſtmeiſters Station geſchehen ſey, und glaubt, daß ſich der Beſchädigte an den letztern halten müſſe; und dieſer Meinung ſtimmt auch Hellfeld bey. Allein die L. 1. §. 43. D. depoſiti, worauf ſich Leyſer gründet, kann hier nicht zur Entſcheidung dienen, da ſie blos von dem Falle redet, wenn mehreren zugleich eine Sache in Verwahrung gegeben worden iſt, dahingegen derjenige, welcher eine Sache auf die Poſt giebt, nicht mit allen Poſtmeiſtern, durch deren Stationen die Sache paſſirt, ſondern nur unmittelbar mit demjenigen ſein Geſchäft hat, welchem er die Sache zur Beſtellung an den beſtimmten Ort eingehändiget hat. Dieſer iſt daher auch ex facto receptionis zunächſt verbunden, dafür zu ſtehen, daß ſie dahin richtig gebracht werde, und kann zwar, wenn die Sache auf einer andern Station verlohren gegangen iſt, wider den Poſtmeiſter derſelben ſeinen Regreß nehmen, keinesweges aber von dem Beſchädigten verlangen, daß dieſer ſelbſt ſich an den Schuldigen halten ſolle[83]). Nur in dem Falle, wenn ein mit der Poſt Reiſender Sachen mit ſich führt, welche dem Poſtamte gehörig angegeben, und daher mit in die Charte eingetragen worden ſind, iſt der Poſtmeiſter von ſeiner Verbindlichkeit, für deren Verluſt zu haf-

83) Schmidt a. a. O. §. 2. Pütters auserleſene Rechtsfälle 1. Bandes 4. Th. Deciſ. CXLII. nr. 14. Nach dem allgem. Geſetzbuche für die Preuß. Staaten 2. Th. 15. Tit. §. 190. u. 191. fällt jedoch die Vertretung des abſendenden Poſtamts weg, wenn ſich der Schade oder Verluſt auf einem auswärtigen Poſtamte zugetragen hat, und der Beſchädigte muß ſich alsdann an dieſes halten.

haften, frey, sobald die Sachen auf der andern Station richtig angekommen sind. Denn hierdurch endiget sich der mit dem ersten Postmeister eingegangene Vertrag, und der Passagier schließt nun mit dem Postmeister der andern Station einen neuen Vertrag[84]). In jedem Falle aber müssen Postmeister auch für die Handlungen und das geringste Versehen ihrer Postbedienten und Postillions stehen[85]). Ob aber nicht eine besondere Angabe dessen, was in verschlossenen Packeten und Kisten auf die Post gegeben worden, nöthig sey, wenn das Postamt für dessen Verlust haften soll? ist eine Frage, die nach gemeinen Rechten verneinet werden muß[86]), weil sich der Postmeister, der ein solches Packet oder Kiste ohne weitere Nachfrage annimmt, hierdurch stillschweigend verpflichtet, für alles, was darin befindlich ist, ohne Ausnahme zu haften; er hat es sich also billig selbst zuzuschreiben, daß er nun auch für die Sachen stehen muß, von denen er nichts wußte, weil es ihm freystund, sich darnach zu erkundigen[87]). Ein anders wäre aber freylich, wenn besondere Landesgesetze die Angabe dessen, was in dem Packet befindlich ist, dem Aufgeber zur

84) Schmidts hinterlassene Abhandlungen 2. Bd. Nr. LXXIII. §. 2. S. 242. f.

85) *Christ. Ferd.* HARPPRECHT Diss. de officio magistri postarum. Cap. II. §. 4. von Beust in dem Versuche einer ausführlichen Erklärung des Postregals 2. Th. 7. Abschn. §. 5. S. 1102. Schmidt a. a. O. §. 3. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. Th. §. 135. Nr. II. S. 476.

86) *L. 1. §. 8. D. h. t. L. 1. §. 41. D. depositi.*

87) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. LXVI. med. 7. SCHOEPF Consil. Tübingens. Vol. VIII. Consil. XC. nr. 58. und HARPPRECHT Diss. cit. de officio magistri postarum Cap. II. §. 10.

zur Pflicht machen ſollten, und nach Vorſchrift derſelben das Poſtamt nur ſoviel vertreten darf, als bey der Aufgabe auf die Poſt wirklich angegeben worden iſt [88]).

Auf bloſe Fuhrleute kann übrigens das Edict des Prätors nicht angewendet werden, wenn die ihnen zum Transport übergebenen Sachen weggekommen ſind [89]). Denn bey dieſen fällt der Grund des Geſetzes ganz weg. Solche Leute haften blos aus dem geſchloſſenen Miethcontract für einen ſolchen Schaden, den ſie durch ein grobes oder mäſſiges Verſehen veranlaßt haben [90]); wo fern ſie nicht etwa den Transport ſolcher Sachen übernommen haben, welche eine ganz vorzügliche Aufmerk-

88) Ein Beyſpiel giebt die Vorſchrift in dem allgem. Geſetzbuche für die Preußiſchen Staaten 2. Th. 15. Tit. 4. Abſchn. §. 198 ff.

89) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 3. iſt zwar anderer Meinung; allein Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Bed. 71. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. e. haben ihn hinlänglich widerlegt. Man ſehe auch WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. I. §. 36.

90) WERNHER Select. Obſervat. for. T. II. P. IX. Obſ. 229. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. VI. §. 8. Not. 3. *Ferd. Chriſtoph.* HARPPRECHT Diſp. de iure aurigarum circa contractus, et quae ad illorum ſecuritatem et indemnitatem ſpectant. Cap. II. §. 18. et Cap. III. §. 20. (in EIUS *Diſſertation. academicar.* Vol. I. Nr. XIII.) Joh. Chriſt. Conr. Schröters vermiſchte juriſt. Abhandlungen. 1. Band. S. 281. ff. Kleins Annalen 1. Band. Nr. 21. S. 78. ff. und Carl Georg von Zangen kurze Erörterung der Frage: was für eine Klage wider einen Fuhrmann Statt finde, welchem die zum Transport und Ablieferung bedungenen Sachen weggekommen? Gieſſen 1798. S. 33. ff.

samkeit und Vorsicht erfordern [91]). Es kommt auch bey der Beurtheilung der Culpa eines Fuhrmanns immer nur darauf an, wie Leute dieses Standes, nach ihren gewöhnlichen Einsichten und Meinungen, zu handeln pflegen; bey denen folglich eine Unterlassung desjenigen, was sie und ihre Vorfahren immer ohne Nachtheil unterlassen haben, wenn es auch ein anderer vorsichtiger Mensch nicht gethan haben würde, dennoch nie für eine culpa levis, sondern höchstens nur pro culpa leviſſima gehalten werden kann [92]).

§. 494.

Klagen wider die Gastwirthe u. d.

Die Klage, welche wider Gastwirthe, Schiffer, und andere dergleichen Personen, von welchen wir bisher gehandelt haben, wegen der aus dem facto receptionis entstehenden Verbindlichkeit, angestellet wird, ist die actio in factum de recepto [93]). Sie ist eine prätorische Personalklage, welche auf den Ersatz der von dem Beklagten oder von seinen Leuten aufgenommenen Sachen geht, wenn dieselben entwendet oder beschädiget worden

91) *L.* 25. §. 7. *D. Locati cond.* Schröter a. a. O. S. 283. Fischer im Lehrbegriff sämmtl. Cameral- und Policeyrechte. 2. Band §. 699. und von Zangen in der angef. kurzen Erörterung S. 37.

92) LEYSER Specim. CLIV. Corol. 3. mein Commentar im 4. Th. §. 322. S. 335. und von Zangen in der angef. Erörterung S. 40. ff.

93) *Car. Christ. Aug.* ULICH Diss. de indole actionis de recepto eiusdemque usu hodierno forensi. *Vitembergae* 1787.

den ſind; der Schade mag von dem Beklagten ſelbſt, oder von irgend einer andern, bekannten oder unbekannten, Perſon geſchehen ſeyn [94]), und wenn es auch des Klägers eigener Bedienter wäre, durch den er den Schaden erlitten hat, wenn ſich nur der Beklagte deſſelben zu ſeinem Dienſt bedient hätte [95]). Es kommt auch nichts darauf an, was es für Sachen ſind, auf deren Erſatz geklagt wird, ob ſie dem Kläger eigen gehören, oder ob es fremde Sachen ſind, wenn ihm nur an deren Erhaltung gelegen iſt, z. B. ſie ſind ihm verpfändet oder geliehen worden [96]). Wenn mehrere Gaſtwirthe oder Schiffer ihr Gewerbe gemeinſchaftlich treiben, ſo iſt es zweifelhaft, ob ſie in ſolidum haften, oder ob jeder nur auf ſeinen Antheil belangt werden könne. Das erſtere behauptet Voet [97]), für das letztere hingegen ſtreiten Struv [98]) und Cocceji [99]). Allein nach der Analo-

94) *L. 1. §. 8. L. 2. et L. 3. pr. et §. 1. D. h. t.*

95) *L. 6. §. 1. D. h. t.* Auſſer dieſem Falle haftet der Gaſtwirth für den Schaden nicht, den der Paſſagier durch ſeinen eigenen Bedienten erlitten hat. Arg. *L. 5. §. 13. D. Commod.* LAUTERBACH Diſſ. de nautis §. 42. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not. k.

96) *L. 1. §. 7. D. h. t.* Item POMPONIUS *lib. 34.* ſcribit, parvi referre, res noſtras an alienas intulerimus, *ſi tamen noſtra interſit ſalvas eſſe:* etenim nobis magis, quam quorum ſunt, debent ſolvi; et ideo ſi pignori merces accepero, (ob pecuniam nauticam) mihi magis, quam debitori nauta tenebitur, ſi ante eas ſuscepit.

97) Commentar. ad h. tit. §. 2.

98) Evolution. controverſ. iur. civ. h. t. Th. 115.

99) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

gie ist ein Unterschied zu machen, ob diese mehreren Gastwirthe oder Schiffer das Gewerbe selbst treiben, oder ob sie demselben eine Person als magistrum navis oder institorem vorgesetzt haben. In dem erstern Falle haften sie nur pro rata, in dem letztern aber sind sie den Reisenden in solidum verbunden, welche mit der Person contrahirt haben, die der Gastwirthschaft oder dem Schiffsgewerbe vorgesetzt worden ist. Diese Meinung vertheidigen Anton Faber [100]), und Peter Müller [1]), und sie verdient allerdings den Vorzug. Denn die Gesetze machen diesen Unterschied, wenn von der Verbindlichkeit mehrerer Schiffsherren überhaupt die Frage ist, welche in Compagnie ein Schiff ausgerüstet haben. So sagt Ulpian [2]): Si pluces *per se* navem exerceant, *pro proportionibus exercitionis* conveniuntur, neque enim invicem sui magistri videntur. Sed si plures exerceant, *unum autem de numero suo magistrum fecerint*, huius nomine in solidum poterunt conveniri. Von dem Falle, da die Mitrheder einen gemeinschaftlichen Schiffsmeister angestellet haben, ist auch Ulpian [3]) zu verstehen, wenn er sagt: Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum *in solidum* agi potest; es ergiebt sich dieses aus dem Grunde, den Gajus [4]) anführt: Ne in plures adversarios destringatur, qui *cum uno* contraxerit. Daß aber das nämliche auch in Absicht auf das Receptions-

ge-

100) Rational. ad L. 7. §. ult. D. h. t.

1) In notis ad STRUVII Syntagm. iur. civ. Exercit. VIII. §. 110. Not. ζ. pag. 510.

2) *L. 4. pr. et §. 1. D. de exercitor. actione.*

3) *L. 1. §. 24. D. de exercit. act.*

4) *L. 2. D. eodem.*

geſchäft Statt finde, lehrt **Ulpian**, wenn er L 7. §. 5. D h t. ſagt: Si plures navem exerceant, unusquisque *pro parte*, *qua navem exercet*, convenitur, welches unſtreitig, wie auch Anton Faber hierbey ganz richtig bemerkt hat, von dem Falle zu verſtehen iſt, da die mehreren Schifferheder das Gewerbe ſelbſt gemeinſchaftlich treiben. Nun redet zwar **Ulpian** in der L. 7. D. h. t. eigentlich von der actione in factum quaſi ex delicto ob damnum iniuria datum ab his, quorum opera exercitor navis utitur; allein da dieſe Entſcheidung doch den allgemeinen Grundſätzen gemäß iſt, ſo muß dieſelbe auch wohl ohne Zweifel bey der actione de recepto Statt finden. Daß dieſe Klage auch gegen die Erben gehe, und 30 Jahre dauere, leitet **Ulpian** [5]), mit Recht daraus her, weil ſie blos auf die Perſecution der Sache abzweckt. Der Kläger braucht übrigens hier weiter nichts, als die Illation der Sachen, und ſeinen erlittenen Verluſt zu beweiſen [6]). Iſt dieſer Beweis in Richtigkeit gebracht, ſo muß der Beklagte zum Erſatz des Schadens verurtheilt werden, inſofern er nicht beweiſen kann, daß derſelbe durch einen unabwendlichen Zufall, oder durch die eigene Schuld des Klägers veranlaßt worden ſey [7]). Denn das iſt wohl von ſelbſt klar, daß die ſtrenge Verbindlichkeit, welche das Geſetz dem Gaſtwirth

5) *L. 3. §. 4. D. h. t.* Haec autem rei perſecutionem continet, ut POMPONIUS ait; et ideo et in heredem, et perpetuo dabitur.

6) WERNHER Select. Obſervation. forenſ. Tom. II. P. VIII. Obſ. 323. pag. 373. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 4032. in fin. pag. 467.

7) WERNHER Obſervat. for. T. II. Part. VIII. Obſ. 322. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 4033. nr. I. et II.

auflegt, den Passagier nicht berechtige, wegen der unter seiner Verwahrung behaltenen Sachen ausser aller Sorgfalt zu seyn. Hätte daher z. B. der Passagier die Entwendung seiner Sache dadurch selbst veranlaßt, daß er beym Ausgehen seine Stube nicht verschloß, wozu ihm doch der Gastwirth den Stubenschlüssel zugestellet hatte, so kann er deshalb wohl nicht mit der actione de recepto wider den Gastwirth auf deren Erstattung klagen [8]). Hat der Gastwirth seiner Seits hinlänglich dargethan, daß die Sachen des Klägers durch einen unabwendbaren Zufall, z. B. durch einen in des Nachbars Hause entstandenen Brand zu Grunde gegangen seyen, der Passagier aber behauptet gleichwohl, der Wirth habe seiner Seits irgend etwas versehen, wodurch die Sachen noch hätten gerettet werden können, so muß er dieses freylich beweisen, wenn der Wirth zum Ersatz des Schadens verurtheilt werden soll [9]). Unrichtig aber ist es, wenn einige Rechtsgelehrte [10]) bey dieser Klage den Unterschied machen, ob der Zufall, wodurch der Schade entstanden ist, ein solcher sey, welcher gewöhnlich eine Fahrlässigkeit zum Grunde hat, wie z. B. Diebstahl, oder

8) Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. Band. Nr. XCVI. §. 3.

9) *L. 19. D. de probat.* BACHOVIUS in Prot. Pand. ad L. I. §. 5. D. h. t. STRUV in Syntagm. iur. civ. Exercit. VIII. §. III. et MÜLLER ad *Eundem* not. i. pag. 512. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

10) BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. VI. Th. VIII. Not. 7. *Ge. Frid.* KRAUS Diss. de actione de recepto casum fortuitum non persequente. *Vitemb.* 1750. §. 7. und von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. Band. Bemerk. 100. S. 356.

oder ob der Zufall von der Art nicht ſey, wie z. B. gewaltſamer Einbruch der Räuber, oder Einfall der Feinde u. dgl. und in dem erſten Falle den Gaſtwirth von ſeiner Verbindlichkeit freyſprechen, wenn er beweiſen kann, daß er auſſer aller Schuld ſey, in dem letztern Falle aber dem Gaſt den Beweis auflegen wollen, daß bey dem Zufalle dem Gaſtwirth irgend ein Verſehen beyzumeſſen ſey. Denn ſo gegründet auch dieſer Unterſchied wäre, wenn der Gaſtwirth weiter nichts, als eine culpam leviſſimam vertreten dürfte, ſo wenig kann er da zur Entſcheidung dienen, wo der Beklagte auch für den caſum fortuitum haften muß, inſofern keine phyſiſche Unmöglichkeit vorhanden war, ihn abzuwenden. Dies iſt nun aber gerade hier bey der actione de recepto der Fall. Es kann daher den Gaſtwirth nichts helfen, wenn er auch beweiſen wollte, daß der Diebſtahl ohne ſeine Schuld geſchehen ſey, weil Diebſtähle nicht zu den ſchlechterdings unvermeidlichen Zufällen gehören [11]), ein Gaſtwirth aber, wie Ulpian [12]) ſagt, auch für ſolche Zufälle ſtehen muß, die ohne ſeine eigene Schuld, z. B. blos durch die Schuld anderer Gäſte, geſchehen ſind [13]). Eben ſo irrig iſt es aber auch, wenn Andere [14]) behaupten, daß zwar nach dem

11) *L.* 52. §. 3. *D. Pro Socio. L.* 1. §. 1. *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. cap. VIII. §. 16. (in *Theſ. Meermann.* T. III. pag. 496.)

12) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

13) *L.* 1. §. *fin. L.* 2. *L.* 3. *pr. D. h. t.* S. *Corn. van* BYNCKERSHOECK Obſervat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 3. §. Interea etc. pag. 290. (*edit. Heinecc.*) und beſonders *de* WERNHER Obſervat. for. Tom. II. Part. VIII. Obſ. 323.

14) *Ant.* FABER Rational. ad L. 3. §. 1. D. h. t. pag. 740. und *Ger.* NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. §. Expoſita. pag. 144.

dem strengen Rechte die actio de recepto Statt finde, wenn auch der Schade ohne des Gastwirths Schuld geschehen sey, diesem aber die Einrede dagegen zukomme, daß die Sachen des Klägers durch einen blosen Zufall zu Grunde gegangen seyen, wenn er solchen zu beweisen vermöchte; und daß folglich der Gastwirth wegen dieser Exception nie ultra culpam leviſſimam verantwortlich sey. Denn wer sollte wohl im Ernst glauben, daß der Prätor die von ihm selbst eingeführte Klage durch eine solche Einrede selbst wieder habe unwirksam machen wollen? Daher auch Cornelius van Bynkershöck [15]) und Georg Friedrich Kraus [16]) diese Meinung mit Recht verwerfen.

Auſſer der actio de recepto, welche, wie bereits bemerkt worden, eine actio rei perſecutoria iſt, giebt der Prätor auch noch eine Pönalklage wider den Gastwirth u. d. nämlich die actio in factum quaſi ex delicto, welche der Paſſagier gegen den Gastwirth in dem Falle anstellen kann, da der Schade oder der Diebstahl von desselben Gesinde oder Hausleuten geschehen iſt [17]). Diese Klage

15) Obſervat. iur. Rom. Lib. VIII. c. 3.

16) Diſſ. cit. de actione de recepto caſum fortuitum non perſequente. §. IV. pag. XI.

17) §. 3. *I. de obligat. quae quaſi ex delicto.* *L. 5. §. ult. D. de obligat. et action.* *L. 6. et L. 7. D. h. t.* *L. un. D. furti adverſ. nautas, caup. etc.* In der *L. 7. h. t.* wird blos von der actione in factum quaſi ex delicto *ob damnum iniuria datum* ab his, quorum opera caupo utitur, gehandelt; in der *L. un. cit.* aber iſt von der actione in factum quaſi ex maleficio *ob furtum commiſſum* ab his, quorum opera cauponam exercet, die Rede. Beyde Klagen scheinen verſchieden gewesen zu seyn. Denn

Klage geht auf den Erſatz des doppelten Werths der entwendeten oder beſchädigten Sache [18]), hat aber, da ſie eine Pönalklage iſt, nur gegen den Gaſtwirth ſelbſt, und nicht gegen die Erben deſſelben Statt [19]). Von der actione de recepto iſt ſie auch noch darin unterſchieden, daß ſie in dem Falle nicht angeſtellet werden kann, da der Schade durch andere Paſſagiere in dem Gaſthofe oder auf dem Schiffe geſchehen iſt [20]); wofern nicht etwa der Paſſagier ein ſolcher wäre, der dem Schiffer ſtatt des ihm ſchuldigen Lohns durch Rudern und dergleichen auf dem Schiffe Dienſte geleiſtet hätte. Solche Paſſagiere nannte man, wie Ulpian [21]) ſagt, ναυτεπιβάτας,

Denn von der erſten handelte Ulpian im 18. von der andern im 38. Buch ad Edictum, wie die Ueberſchriften der angeführten Geſetzſtellen lehren. S. *Ger.* NOODT Obſervat. lib. II. cap. 9. in fin. et in Commentar. ad Dig. h. t. §. Satis etc. pag. 145. Beyde Klagen, welche Juſtinian mit Cajus cit. Legg. zuſammen gezogen hat, gehörten übrigens gar nicht zu dem Edict de nautis, von welchem dieſer handelt, ſondern durch daſſelbe iſt blos die actio in factum de recepto eingeführt worden, welche Ulpian lib. 14. ad Edictum erläutert hat. Daher dürfen die vom Tribonian dieſem Titel noch beygefügten *L.* 6. u. *L.* 7. welche von jenen Pönalklagen handeln, ja nicht in Beziehung auf das Edict de nautis erklärt werden, weil man ſonſt in unvermeidliche Widerſprüche gerathen würde, wofür auch ſchon *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digeſtor. h. t. §. 5. gewarnt hat.

18) *L.* 7. §. 1. *D. h. t. L. un.* §. 2. *D. Furti adv. nautas, caup. et ſtabul.*

19) *L.* 7. §. 6. *D. h. t.*

20) *L.* 6. §. 3. *D. h. t. L. un.* §. 6. *D. Furti adv. nautas, caup. etc.*

21) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.*

βαρας, id est, remum pro naulo et vecturae pretio solventes, und für deren Handlungen war der Schiffer verantwortlich. Die Klage aus dem Quasidelict hat ferner auch dann nicht Statt, wenn der Schiffer oder Gastwirth den Passagieren gleich Anfangs bey ihrer Aufnahme erkläret hat, daß er ihnen für die eingebrachten Sachen nicht stehe, sondern daß sie ihre Sachen selbst in Acht nehmen müßten, und die Passagiere sich auch diese Protestation haben gefallen lassen[22]). Uebrigens wollen zwar mehrere Rechtsgelehrte[23]) behaupten, daß die actio in factum quasi ex delicto keine bloße Pönalklage, sondern eine actio rei et poenae persecutoria sey. Allein daß dieses nicht mit völliger Gewißheit behauptet werden könne, haben Cocceji[24]) und Berger[25]) gezeigt. Die weitere Untersuchung könnte nur insofern ein Interesse haben, als die Frage davon ist, ob diese Klage durch die actionem in factum de recepto aufgehoben werde, oder ob beyde zugleich neben einander Statt finden können. Letzteres würde allerdings zu bejahen seyn, wenn man annimmt, daß die actio in factum quasi ex delicto eine bloße Pönalklage ist, weil eine actio rei persecutoria und mere poenalis einander nicht aufheben[26]). Wäre hingegen die actio in factum quasi ex

22) *L. 7. pr. D. h. t.*

23) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Ant.* FABER Rational. ad L. 7. §. 1. D. h. t. FRANZKIUS in Commentar. ad Pand. h. t. nr. 8. *Iust.* MEIER in Colleg. iur. Argentorat. h. t. §. 21.

24) Iur. civ. controv. Lib. XLVII. Tit. 5. Qu. un.

25) Resolution. Legum obstant. pag. 825. und in Oeconom. iuris Lib. III. Tit. XII. Th. 5. Not. 3.

26) Ulpian scheint zwar in der *L. 3. §. ult. D. h. t.* entgegen zu seyn, wenn er sagt: Novissime videndum, an eiusdem rei nomine et de recepto honoraria actione, et furti agendum sit?

ex delicto eine gemiſchte Klage, ſo würde ſie nach der Analogie des Römiſchen Rechts nur noch in Anſehung desjenigen Statt finden, was der Kläger durch die actionem de recepto noch nicht erhalten hat; ſie würde alſo, wenn derſelbe den ſimplen Schadenserſatz ſchon erhalten hat, nur noch darauf gerichtet werden können, was dieſelbe mehr, als die Perſecution der Sache, enthält [27]). Allein dieſes Intereſſe fällt bey uns weg, weil nach der Meinung der meiſten practiſchen Rechtsgelehrten [28]) die actio in factum quaſi ex delicto gegen die Gaſt-

ſit? et POMPONIUS dubitat. Sed magis eſt, ut vel officio judicis, vel doli exceptione, alterutra eſſe contentus debeat. Allein hier iſt blos von einem ſolchen Falle die Rede, wo beyde Klagen nicht gegen die nämliche Perſon Statt finden, ſondern die actio de recepto gegen den Gaſtwirth, die actio furti aber gegen den Dieb angeſtellet wird. Hier hebt freylich eine Klage die andere auf, wie auch CUJACIUS in Commentar. ad L. 130. D. de div. Regulis iur. in fin. *Pet.* FABER in Comm. ad eand. L. 130. de Reg. iur. pag. 551. *Ioſ.* FINESTRES *et de* MONSALVO Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Libr. VI. ad L. 32. D. de obligat. et action. §. 33. pag. 615. und *Herm. a* VIANEN in Diſſ. de concurſu actionum Cap. III. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. IV. pag. 299.) ſchon bemerkt haben.

27) Arg. *L. 7. §. 1. D. Commodati et L. 34. §. 2. D. de Obligat. et act.* S. a VIANEN cit. Diſſ. Cap. II. §. 6. (in OELRICHS *Theſ.* pag. 285. ſqq.) und meinen Commentar im 4. Th. §. 284. S. 24.

28) VOET ad Dig. h. t. §. 10. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. in fin. et Lib. XLVII. Tit. 5. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. Lib. XLVII. Tit. 5. in fin. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 10. und Höpfner im Commentar über die Inſtitu-

Gastwirthe auf das duplum heutiges Tages nicht mehr Statt findet.

Endlich ist noch zu bemerken, daß der Passagier auch gegen denjenigen selbst, der seine Sache beschädiget oder entwendet hat, die actionem furti, oder condictionem furtivam oder actionem legis Aquiliae anstellen könne; im welchem Falle alsdann keine weitere Klage gegen den Gastwirth Statt findet[29]). In sofern jedoch der Passagier zuerst gegen den Wirth geklagt, und von diesem seine Entschädigung erhalten hat, kann dieser mit Recht von ihm verlangen, daß er ihm seine Klage gegen denjenigen cedire, durch den der Schade geschehen ist[30]).

stitutionen §. 1086. Indessen fehlt es auch nicht an Rechtsgelehrten, welche den heutigen Gebrauch dieser Klage vertheidigen: z. B. STRYK in Us. mod. Pandectar. Lib. XLVII. Tit. V. §. I. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 30. und Schmidt in dem pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1314.

29) *L. 6. §. 4. D. h. t. L. un. §. 3. D. Furti adv. naut. caup. et stabular.* *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar ad Legem Aquiliam Lib. II. cap. II. Sect. III. nr. 42. et Lib. III. cap. II. Sect. I. nr. 6. (in *Ger.* MEERMANNI *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 97. et pag. 149)

30) *L. 6. §. ult. D. h. t.* *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA cit. Commentar. Lib. II. cap. II. Sect. III. nr. 43—48.

Lib. V. Tit. I.

De iudiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat.

§. 495.

Verschiedene Bedeutungen des Worts *Iudicium*.

In den Protis Pandectarum war von denjenigen Handlungen des Processes die Rede, die nach der römischen Gerichtsordnung der Litiscontestation vorausgiengen. Dahin gehören die in ius vocatio, editio actionis, die verschiedenen Arten der Cautionsleistung, die Bestellung eines Sachwalters u. dergl. Alle diese Handlungen gehörten nach der römischen Proceßordnung zur Vorbereitung des Rechtsstreits, (ad litem ordinandam et praeparandam) [31]). Die eigentliche Verhandlung des Rechtsstreits aber, oder das, was man *Iudicium* nannte, nahm erst mit der Litiscontestation seinen Anfang. Daher nun de iudiciis.

Das Wort *Iudicium* hat verschiedene Bedeutungen [32]). Wir wollen nur vorzüglich diejenigen bemerken, welche in den Gesetzen dieses Titels vorkommen. In diesen wird es

1) über-

31) Meine Opuscula iurid. Fasc. II. pag. 369.

32) Hiervon handeln besonders VULTEIUS de iudiciis Lib. I. cap. I. und *Phil.* VICAT in Vocabulario iuris sub. v. *Iudicium*.

1) überhaupt für Proceß genommen, in sofern man darunter die ganze Verhandlung eines gerichtlichen Rechtsstreits von der in ius vocatione an, bis zur Execution der Sentenz, und also auch dasjenige verstand, was bey dem Prätor auch noch vor der Litiscontestation geschahe[33]). Hierher gehören die Redensarten: *ad iudicium provocare*, d. i. einen Rechtsstreit anhängig machen[34]); *iudicium non potest consistere inter patremfamilias et eum, quem in potestate habet*[35]); d. i. zwischen diesen Personen kann kein Proceß Statt finden. Ferner: *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*[36]); wo der Proceß ist anhängig gemacht worden, da muß er auch beendiget werden[37]). Da sich kein Civilproceß ohne eine Klage denken läßt, so wird auch

2) die

53) HUBER Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. XVI. §. 5. und *Ant. Henr. van* HEES Diss. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant. (*Lugd. Batav.* 1747.) Cap. II. §. 11. et §. 34. (in Dan. FELLENBERGII *Iurisprud. Antiqua* Tom. I.)

34) *L. 13. et L. 14. D. h. t.*

35) *L. 11. D. h. t. L. 7. Cod. eodem.*

36) *L. 30. D. h. t.*

37) Noch sind hier folgende Gesetzstellen zu bemerken, in welchen das Wort *iudicium* soviel als Proceß bedeutet. *L. 60. D. de condict. indeb. L. 45. D. Mandati. L. 14. D. de interrogat. in iure. L. 18. in fin. D. de vi et vi arm. L. 9. D. de lib. cauf.* Das Wort *Proceſſus* kommt in dem römischen Rechte nirgends in der Bedeutung vor, in welcher dasselbe heut zu Tage genommen wird, sondern stammt aus dem kanonischen Rechte her, *Clem. 2. de Verbor. Significat.* und ist besonders durch die Glossatoren zu einem Kunstwort gestempelt wor-

2) die Klage sehr oft *iudicium* genennt. So z. B. sagt Ulpian [38]): Si filiusfamilias legationis vel studiorum gratia aberit, et vel furtum vel damnum iniuria passus sit: posse eum *utili iudicio agere*. Besonders ist dem Prätor in seinem Edict die Formel eigen: *iudicium dabo* für actionem dabo [39]), und nicht minder bekannt das *iudicium familiae erciscundae*, *iudicium communi dividundo*, etc.

3) Zeigt das Wort *iudicium* den Theil eines Rechtsstreits an, der mit der Litiscontestation seinen Anfang nimmt. So sagt man von dem Beklagten: *iudicium accipit* oder *suscipit*, wenn er litem contestirt [40]) War lis noch nicht contestirt, sondern die Klage nur erst dem Beklagten edirt worden, so sagte man blos: *controversia est mota* [41]); allein nach geschehener Litiscontestation hieß es: *res in iudicium deducta est* [42]), und die Sache wurde nun vom Prätor an einen iudex pedaneus verwiesen, welcher zugleich eine Instruction (formulam iudicii) erhielt, wornach er sprechen mußte [43]). Daher bezeichnet das Wort *iudicium* insonderheit auch

worden. S. *Io. Ad. Theoph.* KIND Diss. de fontibus iuris iudiciarii civilis. quod per Germaniam obtinet. *Lipsiae* 1785. §. 1. pag. 4.

38) *L. 18. §. 1. D. h. t. L. 36. §. 1. D. eodem.*

39) *L. 3. pr. D. de negot. gest. L. 1. §. 1. D. de dolo malo. L. 1. pr. D. Nautae, caup.*

40) *L. 3. L. 23. L. 25. L. 28. §. 2. D. h. t. L. 34. D. eodem. L. 16. D. de Procurat.*

41) *L. 25. §. 7. D. de heredit. petit.*

42) *L. 31. D. h. t. L. un. Cod. de lit. contest. L. 1. C. de iudic.*

43) Meine Opuscula Fasc. II. pag. 370. Not. 77.

4) diejenige Cognition des Rechtsstreits, welche vor den iudicem pedaneum gehörte, und was überhaupt nach der Litiscontestation vor demselben verhandelt wurde. Unterzog sich der iudex dieser Cognition, so hieß dies *operam dat iudicio* [44]); oder *suscipit iudicium*, *agnoscit iudicium* [45]); und wenn sich sein Amt endigte, so sagte man: *solvitur iudicium* [46]).

5) Heißt *iudicium* der Ort, wo von den dazu authorisirten Personen Recht gesprochen wird, und wo insonderheit Jemand, wenn er belangt wird, zu erscheinen, und Recht zu geben schuldig ist, was man *forum*, den Gerichtsstand nennt. Für Gericht wird es in den Formeln genommen; *adversarium suum in iudicium vocare* [47]), *in iudicio sisti*, *ad iudicium venire* [48]); obgleich der Ort, wo der Prätor Recht sprach, insonderheit *ius* genennt wurde [49]), daher die Formel: *in iure* d. i. apud Praetorem vel alium magistratum Populi Romani [50]). Für Gerichtsstand wird es genommen, wenn es in den Gesetzen dieses Titels heißt: *cogitur quis in aliquo loco iudicium pati* [51]). Endlich bedeutet das Wort *iudicium* auch

6) das

44) *L. 18. D. h. t.*

45) *L. 13. §. 3. D. de vacat. et excusat. muner.*

46) *L. 58. D. h. t.*

47) *L. 79. D. h. t.*

48) *L. 2. §. 6. D. h. t. L. 3. D. De eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat.*

49) *L. 11. D. de Iust. et iure.*

50) *L. 4. §. 1. D. de Interrogat. in iure.*

51) *L. 8. L. 22. L. 24. D. h. t.*

6) das Vermögen der Seele, sich richtige Begriffe zu bilden, was man Verstand oder Vernunft nennt. So z. B. sagt Paulus [52]): Iudices dari non possunt, qui natura impediuntur, ut surdus, mutus, perpetuo furiosus et impubes, *quia iudicio carent.*

§. 496. u. 497.

Was heißt Proceß? Unterschied zwischen wesentlichen Bestandtheilen und Förmlichkeiten des Processes.

Proceß im weitläuftigen Sinne [53]) ist die gesetzmäsige Verhandlung einer streitigen Rechtssache vor dem zuständigen Richter zu dem Zweck, daß dieselbe entschieden und beendiget werde. Im eigentlichen und engern Sinne aber versteht man unter Proceß die rechtmäsige Art und Weise, wie streitige Rechtssachen sowohl unter den Partheyen vor Gericht zu verhandeln, als auch von dem Richter zu untersuchen und zu entscheiden sind [54]). Zuweilen wird das Wort Proceß auch in der Bedeutung genommen, daß es die von dem Richter geschehene Annehmung einer Klage oder Appellation, und darauf erlassene Verordnung desselben an den Beklagten oder Appellaten bedeutet, daß nämlich derselbe sich vor diesem Richter einlassen, und die Sache mit seinem Gegner ausmachen solle. In dieser Bedeutung sagt man von dem Richter,

52) *L.* 12. §. 2. *D. h. t.*

53) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. can. §. 659. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4165. Hufeland Institutionen des gesammten positiven Rechts. §. 1202.

54) *Iust. Henn.* BOEHMER Ius eccleſiast. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. I. §. 1.

er habe Processe erkannt, von dem Kläger oder Appellanten aber, er habe Processe extrahirt, oder erhalten [55]).

Bey dem Proceß müssen die wesentlichen Bestandtheile desselben (essentialia s. substantialia processus) von den Förmlichkeiten oder Feyerlichkeiten desselben (formalia s. solemnia processus) unterschieden werden.

Wesentliche Bestandtheile des Processes werden diejenigen genennt, welche der wesentliche Zweck des Processes, nämlich die Entscheidung der streitigen Rechtssache nothwendig erfordert. Zu diesen rechnet man die Klage, die Antwort des Beklagten, den Beweis, und das Urteil des Richters [56]). Unsere practische Rechtsgelehrten pflegen diese wesentliche Stücke eines gerichtlichen Verfahrens so auszudrücken:

Wo kein Kläger, da ist kein Richter.

Niemand ist unverhörter Sache zu verurtheilen.

Einem

55) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 4. Th. §. 8. S. 24.

56) *Io. Gottfr.* SCHAUMBURG Princip. praxeos iurid. iudiciar. Cap. I. gener. §. 1. Ludovici Einleitung zum Civil-Proceß. Kap. VII. §. 2. Andere fügen noch hinzu die Vorladung des Beklagten, und die Vollstreckung des Urteils. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 58. not. a. Allein jene wird bey der Antwort des Beklagten ohnehin vorausgesetzt, und letztere ist ja nicht in jedem Falle nöthig.

Einem bloſen Angeben iſt ohne Beweis nicht zu trauen, und

ohne richterliches Urteil bleibt der Proceß unentſchieden, und das gerichtliche Verfahren iſt zwecklos.

Wird eines dieſer weſentlichen Stücke vernachläßiget, ſo iſt der Proceß tumultuariſch, und das ganze Verfahren nichtig [57]).

Förmlichkeiten oder Feyerlichkeiten des Proceſſes ſind hingegen diejenigen Theile des Proceſſes, welche in dem Zweck deſſelben nicht weſentlich gegründet ſind, ſondern nur als Norm eines regelmäſigern Ganges, oder zur Bewirkung einer deſto genauern Erörterung der Sache in den Geſetzen vorgeſchrieben, oder durch den Gerichtsgebrauch eingeführt ſind [58]). Dahin gehört z. B. daß die Klage ſchriftlich übergeben werden muß, ferner daß die Litiscontestation auf alle zur Klage gehörigen Thatumſtände zu richten iſt, desgleichen daß der Beweis in dem beſtimmten Termin und durch Beweisartikel angetreten werden muß, daß ein Zeugen-Rotulus verfertiget wird, daß die Eröfnung des Urteils vor Gericht in beyder Theile Gegenwart geſchieht, und die Partheyen dazu vorgeladen werden müſſen, u. dgl.

57) BOEHMER Ius. Eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. I. §. 4. Claproths Einleitung in die ſämmtl. ſummariſchen Proceſſe. §. 1. S. 2.

58) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canonici §. 660. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4170.

Diese Förmlichkeiten müssen zwar der Regel nach beobachtet werden, sie werden aber doch eben darum, weil sie nicht zu dem Wesentlichen eines gerichtlichen Verfahrens gehören, nicht in jedem Falle erfordert, und die Vernachläßigung derselben zieht daher nur zuweilen die Nullität nach sich.

§. 498.

Verschiedene Arten und Eintheilungen des Processes.

Der Proceß kann auf verschiedene Art eingetheilt werden.

I) Sieht man auf die Art des gerichtlichen Verfahrens, so war

A) nach dem Römischen Rechte der Proceß von zweyerley Art:

a) *iudicium ordinarium*, wenn der Prätor, oder diejenige Magistratsperson, welcher die Jurisdiction zustand, nicht selbst sprach, sondern nur das verfügte, was zur Einleitung des Processes gehörte, und übrigens den Partheyen einen iudicem pedaneum gab, welcher nach einer gewissen Instruction (ex formula praescripta) die zur Entscheidung der Sache gehörigen Thatumstände untersuchen, und nach deren Befinden erkennen mußte [59]).

b) *Extraordinarium*, wenn der Prätor oder Präses u. dgl. ohne einen iudicem pedaneum zu bestellen, die Sache selbst untersuchte, und einen Rechtsspruch ertheilte. Dies geschahe, wo es auf eine bloße Rechtsfrage ankam, oder wenn die Sache keinen Verzug litte, oder dieselbe in

den

59) *L. 8. et L. 9. D. de officio praesid.*

den Gesetzen besonders begünstiget war, wie z. B. die Sachen der Minderjährigen, ferner die Honorarien Forderungen der Professoren, oder wenn die Sache zu intricat zu seyn schien, um sie einem iudici pedaneo zu überlassen [60]). In dem neuern Röm. Rechte hat jedoch dieser Unterschied aufgehört, und das, was sonst cognitionis extraordinariae war, ist nun ordinarii iuris geworden [61]).

B) Nach dem heutigen Rechte ist der Proceß entweder ein gesetzlicher (processus legalis s. regularis) oder ein willkührlicher (proc. arbitrarius s. irregularis) oder ein bedungener (proc. conventionalis), je nachdem die Verfahrungsart bey demselben entweder durch die Gesetze ausdrücklich bestimmt, oder dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen, oder durch eine Uebereinkunft der streitenden Theile festgesetzt worden ist. Ein willkührlicher Proceß findet zuweilen bey Commissionen Statt, bey welchen öfters die Art des Verfahrens dem billigen Ermessen des Richters überlassen wird, wenn dem Committenten daran liegt, daß die Sache so kurz, als möglich, abgethan werde [62]). Auch ist dem

60) S. *Tit. Dig. de extraordinar. cognitionibus.* *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisdictione et imperio Lib. I. Tit. V. num. 7. sqq. (in *Ger.* MEERMANNI *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. p. 227.) *Ge. Christ.* GEBAUER Commentat. de iurisdictione secundum doctrinam Romanor. Cap. I. §. 11. und meine Opuscula iuridica Tom. II. pag. 396. sqq. u. Tom. IV. pag. 76. sq.

61) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4168.

62) *Clem.* 2. *de Verb. Signif.* *Iust. Henn.* BOEHMER in Iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. I. §. 12.

Richter bey den so genannten actionibus arbitrariis, bey denen die Bestimmung dessen, was der Beklagte dem Kläger zu leisten schuldig ist, seiner Willkühr überlassen werden muß, manche Abweichung von der regulären Proceßart erlaubt [63]). Es dürfen jedoch die wesentlichen Bestandtheile des Processes auch hier nicht vernachlässiget werden, weil sonst der Proceß tumultuarisch, und das Verfahren nichtig ist [64]). Bey dem processu conventionali hängt zwar alles von der Verabredung der Partheyen ab, welche der Richter, sofern sie nicht zu seinem, oder eines Dritten Nachtheil gereicht, genau beobachten muß [65]). Soweit indessen jene keine Entscheidung an die Hand giebt, treten die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften in Ansehung der Verfahrungsart auch hier ein [66]). Zuweilen kann der Vertrag der Partheyen nur einzelne Stücke des Processes betreffen, z. B. daß keine Fatalien, oder keine Rechtsmittel gegen das ausgesprochene Urteil des Richters Statt finden sollen [67]). Hier bleibt es in allen übrigen Stücken bey den Regeln des gemeinen Processes [68]).

Der

63) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 102.

64) SCHAUMBURG Princ. prax. iurid. iudiciar. Cap. I. §. 9. Not. *).

65) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 55. Not. a. und HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4174.

66) SCHAUMBURG Princip. prax. iud. Cap. I. §. 16. pag. 23.

67) *L. fin. §. ult. Cod. de tempor. et reparat. appellation.*

68) *Henr.* HILDEBRAND Disp. de processu conventionali. *Altorfii.* rec. 1756.

Der gesetzliche Proceß ist wieder von zweyerley Art,

1) **der ordentliche oder feyerliche Proceß,** (processus ordinarius s. solemnis) **wenn bey der gerichtlichen Verhandlung einer streitigen Rechtssache nicht nur die wesentlichen Bestandtheile eines jeden gerichtlichen Verfahrens, sondern auch die in den Gesetzen vorgeschriebenen oder durch den Gerichtsgebrauch eingeführten Förmlichkeiten von Anfang bis zu Ende bey Vermeidung der Nichtigkeit beobachtet werden müssen.**

2) **Der ausserordentliche oder summarische Proceß,** (processus extraordinarius, summarius, s. minus solemnis), **bey welchem, mit Beyseitsetzung der sonst gewöhnlichen Förmlichkeiten, nur hauptsächlich die wesentlichen Stücke eines gerichtlichen Verfahrens beobachtet werden. Dieser ist immer nur als eine Ausnahme von der Regel zu betrachten. Denn in der Regel muß jeder Rechtsstreit solange mit aller processualischen Förmlichkeit verhandelt werden, bis eine Ausnahme gehörig erwiesen wird** [69]).

Die Eigenschaften der summarischen Proceßart bestehen vorzüglich darin [70]):

1) es

69) *I. H.* BOEHMER Ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 1. §. 2. SCHAUMBURG Princip. prax. iudic. Cap. I. §. 10. not *). *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1.

70) Man sehe BOEHMER Ius eccles. Protestant c. l. §. 3. SCHAUMBURG Princip, prax. iurid. iudic. Lib. II. Cap. 1. §. 2. sqq. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 4. Th. 2. Tit. §. 14. ff. und besonders Claproths Einleitung in die sämmtl. summarischen Processe 1. Abschn. §. 5.

1) es wird kein förmliches Klageschreiben erfordert, sondern ein mündliches Anbringen des Klägers zum Protocoll ist hinlänglich.

2) Die Vorladungen geschehen hier ebenfalls mündlich, wo nicht der Stand des Vorzuladenden eine schriftliche Citation erfordert.

3) Der Richter ist an die ordentlichen Fristen nicht gebunden; die Termine sind daher hier kürzer, und Fristverlängerungen werden nicht leicht verstattet.

4) Alle verzögerliche Einreden, welche nicht das Wesen des Rechtsstreits betreffen, werden verworffen; auch finden keine peremtorischen Einreden Statt, die auf einer weitaussehenden Erörterung beruhen.

5) An die Stelle eines förmlichen Beweises tritt hier eine blose Bescheinigung, und diese ist an die gesetzliche Nothfrist nicht gebunden; auch sind hier keine Fragestücke unumgänglich nöthig.

6) Das Urteil wird ohne die sonst gewöhnliche Feyerlichkeit eröfnet [71]).

Es giebt jedoch Fälle, wo der summarische Proceß einen eigenen Namen, und einen festgesetzten Gang hat. Man theilt daher den summarischen Proceß ein in den bestimmten und unbestimmten [72]).

a) Der

71) Eine Hauptstelle über die Natur des summarischen Processes ist die *Clement. 2. de Verbor. Significat.* welche hier nachgesehen zu werden verdient.

72) Claproth a. a. O. §. 3. u. 4. und Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 59. und Desselben Grundsätze der summarischen Processe §. 2. ff.

a) Der bestimmte summarische Proceß wird derjenige genennt, welcher einen bestimmten Namen, und einen festgesetzten Lauf hat. Zu dieser Gattung des summarischen Processes gehören,

1) der possessorische Proceß, insofern es entweder auf die Erlangung eines noch nie gehabten, oder auf die Wiedereinsetzung in den verlohrnen, oder auf die Beybehaltung des gegenwärtigen Besitzes ankommt.

2) Der Mandatsproceß,

3) der Executivproceß,

4) der Wechselproceß,

5) der Arrestproceß,

6) der Concursproceß,

7) der Provocationsproceß,

8) der Kriegsproceß, und

9) der Consistorialproceß.

b) Der unbestimmte summarische Proceß, welcher weder einen eigenen Namen noch festgesetzten Gang hat, sondern wo die Gesetze bey der Verhandlung der streitigen Sache das meiste dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen haben. Der Grund eines solchen summarischen Verfahrens ist verschieden [73]). Er kann

1) in

73) Sehr ausführlich handeln hiervon *Io. Andr.* FROMMANN in Diss. de differentiis actionum ordinariarum et summariarum. *Tübingae* 1684. §. 23—50. Danz in den Grundsätzen der summarischen Processe §. 4. Claproth Einleit. in die sämmtl. summarischen Processe §. 4. Estors Anfangsgr. des gemeinen und Reichsprocesses 4. Th. 2. Tit. §. 41. ff. u. Tit. 3. Ebendesselben Anweisung zum summarischen Proceß. Hauptstück 3. §. 31. ff.

1) in einer besondern Verordnung der Gesetze beruhen. Vermöge derselben werden

α) alle blos vorbereitende Streitpuncte, desgleichen alle vorläufig oder beyläufig auszumachende Sachen (causae praeparatoriae, praeiudiciales et incidentes) summarisch verhandelt[74]). Aber auch

β) Hauptsachen (causae principales),

aa) wegen der Geringfügigkeit ihres Gegenstandes, dergleichen man Bagatellsachen zu nennen pflegt[75]). Welche Sachen aber dafür zu halten sind, ist in dem gemeinen Rechte nicht bestimmt, sondern dem Richter wird nur blos zur Pflicht gemacht, dahin zu sehen, daß den Partheyen nicht mehr Kosten verursacht werden, als der Werth des streitigen Gegenstandes beträgt[76]). Die Beurtheilung, ob die Sache für eine Bagatellsache zu halten sey, muß also dem Ermessen des Richters überlassen werden[77]), wo nicht die Gerichtsordnung des Landes eine nähere Bestimmung an die Hand giebt[78]).

bb) We-

74) *L. 3. §. 9. D. ad exhibendum.* Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 99. u. §. 100.

75) *God. Lud.* MENCKEN Diss. de processu causarum minimarum. *Lipsiae* 1743. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Specim. DCLXXXIV. medit. 14.

76) *Nov. XVII. cap. 3. Nov. LXIX. cap. 1.*

77) LEYSER cit. loc. medit. 16.

78) In der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten 1. Th. Tit. 26. §. 1. werden unter Bagatellsachen solche verstanden, wo der Betrag

der

bb) Wegen der Evidenz des Rechts[79]). Z. B. wenn ein Advocat auf die Bezahlung seiner Gebühren bey dem Richter klagt, bey welchem er den Proceß für seinen Clienten geführt hat[80]).

cc) Wegen der Gefahr des Verzugs. Dahin gehören Baustreitigkeiten, Begräbnißsachen, Teichsachen, Alimentensachen, Besoldungsstreitigkeiten, Sachen der Reisenden, Handwerkssachen, Handelssachen u. d.[81])

dd) Wegen des gemeinen Bestens. Z. B. Contributions-, Steuer-, Zoll- Policey- und Postsachen[82]).

ee) Wegen einer besondern Begünstigung

a) der Sachen, z. E. wenn sie ein Heyrathsgut, oder die Ablieferung eines Fideicommisses, oder die Zurückgabe eines Depositums betreffen[83]).

b) Der

der streitigen Summe, oder der Werth der Sache nur funfzig Thaler, oder weniger ausmacht.

79) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. II. Proleg. §. 11.

80) Mein Commentar 5. Th. 1. Abth. §. 372.

81) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. DCLXXXIV. medit. 18—28.

82) Danz Grundsf. des gemeinen ord. bürgerl. Processes §. 59. LEYSER c. l. medit. 34. et 35. und HOFACKER T. III. §. 4171. not. d.

83) *L. 178. §. 2. D. de Verb. Signif. L. penult. C. Depositi.* HOFACKER c. l. not. g. In der *Clem. 2. de iudiciis* werden auch noch Zehend- und Zinssachen zu den summarischen Sachen gezählt. Allein diese Begünstigung gründet sich auf den Satz des kanonischen Rechts, daß Zehnden und Zinsen

nach

b) Der Personen. Z. B. Sachen der mitleidswürdigen Personen, der Soldaten, der Studenten, fiscalische Sachen, Sachen milder Stiftungen, ꝛc. [84]).

2) Ein anderer Grund des summarischen Processes kann in der besondern Verfügung des Landesherrn liegen, vermöge welcher eine gewisse Streitsache, die sonst den ordentlichen Proceß erfordert, aus besondern Gründen summarisch behandelt werden soll [85]). Endlich

3) kann auch der summarische Proceß in einer Verabredung der streitenden Theile seinen Grund haben [86]). Denn soweit nicht das gemeine Beste oder die Rechte eines Dritten darunter leiden, ist es den Partheyen unverwehrt, die Uebereinkunft zu treffen, daß der unter ihnen entstandene Rechtsstreit summarisch tractirt werden solle [87]); so wie es ihnen unter dieser Einschränkung auch erlaubt ist, eine sonst summarische Sache im

nach dem göttlichen Rechte zu beurtheilen wären, welcher in den protestantischen Gerichten nicht angenommen ist. S. Claproths Einleitung in die sämmtlichen summarischen Processe §. 4. am Ende.

84) *God. Dan.* HOFFMANN Diss. de causis privilegiatis. *Tubingae* 1777.

85) *Cap. 4. X. de offic. et potest. iud. deleg. Clem. 2. de iudiciis.* Ge. *Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 661.

86) *L. ult. §. ult. Cod. de tempor. et reparat. appellat. L. 29. C. de pactis.*

87) MEVIUS P. I. Decis. CLXXI. nr. 4. und besonders *Henr.* HILDEBRAND in Disp. de processu conventionali Membr. II. §. 3. et 4.

im Wege des ordentlichen Processes zu verhandeln[88]): und ist solches von dem Richter ohne Widerspruch der Partheyen geschehen, so wird dies als ein stillschweigender Vertrag der Partheyen angesehen, und das Verfahren ist nicht ungültig[89]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Ausdrücke *summatim cognoscere*, und *de plano cognoscere* s. *expedire* in den römischen Gesetzen nicht für gleichbedeutend zu halten sind. Jener Ausdruck bezeichnet überhaupt ein summarisches Verfahren, welches, omissis longioribus litium ambagibus, entweder von dem Prätor, oder vom iudice pedaneo angestellt wurde[90]). Allein *de plano* cognoscirte oder expedirte der Prätor, wenn er nicht, wie gewöhnlich, pro tribunali Recht sprach, sondern an einem andern Orte sein Amt verwaltete[91]). Denn jeder Ort, ausser dem Tribunal, wo der Prätor, posita sella curuli, Recht sprach, es mochte zu Hause oder auf der Reise seyn, hieß

88) HILDEBRAND cit. Diss. Membr. II. §. 5. und Claproth in der Einleitung in die sämmtl. summarischen Processe 1. Abschnitt. §. 4. S. 17.

89) *Clement. 2. de verbor. Signif.* Si tamen in praemissis casibus solemnis ordo iudiciarius in toto vel in parte, *non contradicentibus partibus*, observetur; non erit *processus propter hoc irritus.*

90) *L. 3. §. 9. D. ad Exhib. L. 15. §. 4. D. de re iudic. L. 3. §. 4. D. de carbon. edicto. L. 1. §. 14. D. de ventre in possess. mitt.*

91) *L. 9. §. 3. D. de offic. Procons. L. 3. §. 8. D. de bonor. possess. L. 2. §. 1. D. Quis ordo in bonor. possess. servet. L. 18. in fin. D. de Quaest.*

hieß *planum*[92]), zum Unterſchied vom Tribunal, welches, wie Iſidor ſagt, ein locus ſublimis war, und daher auch vom Tacitus[93]) *ſedes conſpicua* genennt wird. Daher bedeutet *ſellam ponere* und *de plano cognoſcere* einerley[94]). Wenn nun gleich bey einer cognitione de plano das Verfahren auch ſummariſch war, ſo konnten doch nicht alle ſummariſche Sachen de plano expedirt werden[95]), ſondern nur ſolche Sachen, die man auf der Stelle abthun konnte, weil ſie nur geringfügig waren, oder weil kein contradictor vorhanden war, und woraus alſo keinem Dritten ein Nachtheil erwuchs[96]).

II. In

92) *Iac.* RAEVARDUS Protribunal. cap. 7. *Car.* SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 7. (*de antiquo iure Pop. Rom.* Tom. II. pag. 419. ſqq.) *Sibr. Tetard.* SICCAMA de iudicio centumvirali. Lib. I. cap. 3. *Ger.* NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 10.

93) *Annal.* Lib. I.

94) VALERIUS MAXIMUS Lib. III. cap. 5. Ex. 2. ſagt vom Scipio, dem Sohne des Afrikans: Quamquam quid interfuit, utrum repulſam, an ſic adeptam Praeturam domum referret? quam cum propinqui ab eo pollui animadverterent, id egerunt, ne aut *ſellam ponere*, aut *ius dicere* auderet.

95) Z. B. keine bonorum poſſeſſio decretalis *L. 3. §. 8. D. de bonor. poſſeſſ. L. 2. §. 1. D. Quis ordo. in poſſeſſ. ſervet.* VOET h. t. §. 3. POTHIER Pandectae Iuſtinianeae Tom. II. Lib. XXXVII. Tit. I. Nr. IV. pag. 558. Ferner keine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, und wozu überhaupt ein Decret erfordert wird. *L. 3. §. 8. D. de bon. poſſ.* S. ZEPERRNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvir. Lib. I. cap. 3. not. p. pag. 19. ſq.

96) *L. 9. §. 3. D. de offic. Proconſ. L. 2. §. 1. D. Quis ordo in bon. poſſ. L. 6. D. de accuſat. L. 18. §. 10. D. de*

Quae

II. In Absicht auf den Gegenstand, worüber gestritten wird, ist der Proceß wieder sehr verschieden.

1) Die Streitsache, welche gerichtlich verhandelt wird, kann entweder eine Civilsache oder eine Criminalsache seyn[97]). In dem erstern Falle wird der Proceß, der eine solche Sache zum Gegenstande hat, der bürgerliche oder Civilproceß, in dem letztern Falle aber der peinliche oder Criminalproceß genennt.

2) Der bürgerliche Proceß ist wieder von zweyerley Art. Es wird nämlich entweder blos über den Besitz, oder über das Recht in Ansehung einer Sache gestritten. In dem erstern Falle wird der Proceß der possessorische, in dem zweyten aber der petitorische genennt[98]). Endlich wird auch noch

3) der Proceß in einen blos präparatorischen und in den Hauptproceß eingetheilt, je nachdem die Streitsache entweder eine solche ist, wodurch einer andern Hauptsache blos der Weg gebahnt werden soll, oder eine Hauptsache ist[99]).

Quaestion. L. 7. et 8. D. *de manumiss. vind.* SICCAMA c. l. pag. 23. et ad *Eundem* ZEPERNICK not. i.

97) Unter den Criminalsachen werden hier alle diejenigen verstanden, welche die öffentliche Bestrafung eines begangenen Verbrechens betreffen. Verfolgt hingegen der Kläger nur sein Privatinteresse, so ist die Streitsache eine Civilsache, wenn sie gleich ein Verbrechen zum Grunde hat. §. 10. I. *de iniur.* L. 9. §. 5. D. *de public. et vectigal.* L. 3. D. *de delict. priv.* L. 92. D. *de furt.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 11. et 12. VOET h. t. §. 6. und besonders Meister in der ausführl. Abhandlung des peinlichen Processes in Teutschland 1. Th. 1. Abschn. 2. Hptst. §. 1. ff.

98) S. Danz Grdsf. des gemeinen ord. bürgerl. Processes §. 57.

§. 499.

Was ist *Litis contestatio* nach dem Römischen und heutigen Rechte?

Es ist bereits bemerkt worden, daß die eigentliche Verhandlung eines gerichtlichen Rechtsstreits bey den Römern mit der Litiscontestation ihren Anfang nahm. Denn erst, wenn diese erfolgt war, sagte man: *res est in iudicium deducta* (§. 495. S. 147.) Aber auch nach dem heutigen Rechte behaupten unsere practischen Rechtsgelehrten, daß erst durch die Einlassung auf die Klage der Krieg Rechtens befestiget werde [100]). Die Litiscontestation ist jedoch nach dem Römischen Rechte von einer ganz andern Beschaffenheit, als die heutige Einlassung auf die Klage.

1) Worin die Römische *Litis contestatio* bestanden, lehren die Kr. Sever und Antonin *L. un. Cod. de litis contest.* wo es heißt: Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter *litem* enim *contestatam*, et *editam actionem* permultum interest. *Lis* enim tunc *contestata* videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. Die Kaiser wollen hier den Unterschied zwischen einer bloßen Edition der Klage und der Litiscontestation, in Rücksicht auf die Freyheit, die Klage abzuändern, zeigen. Es erhellet dies noch insonderheit aus der *L.* 3. *Cod. de edendo*, welche, wie auch schon Noodt [99]) bemerkt hat, einen

99) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 13.

100) Man sehe *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Diss. de litis iudicialis initio. *Vitemb.* 1778.

einen Theil von jener Verordnung der Kr. Sever und Antonin ausmacht. Da heißt es: *Edita actio* speciem futurae litis demonstrat: quam emendari, vel mutari licet, prout Edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit aequitas. Um diese Stellen gehörig zu verstehen, muß aus der römischen Gerichtsordnung folgendes bemerkt werden. Wenn der Kläger dem Beklagten die Klage vor Gericht edirt hatte (§. 270.), so war es vor allen Dingen nöthig, den Prätor um die Erlaubniß zu bitten, die Klage gegen den Beklagten anstellen und verfolgen zu dürfen [2]) (postulare actionem), welche der Prätor nun nach Befinden der Umstände entweder ertheilte (actionem dabat), oder versagte (actionem denegabat)). War diese postulatio nicht geschehen, so konnte dem Kläger die exceptio non impetratae actionis entgegen gesetzt werden, welche erst in der Folge vom Kr. Theodosius dem Jüngern [4]) abgeschaft wurde. Der Beklagte konnte aber auch seiner Seits um eine Bedenkzeit bitten, um bey sich überlegen zu können, ob er mit dem Kläger streiten, oder nachgeben wolle. Denn selten war der Beklagte bey der Art, wie ehemals die in ius vocatio bey den Römern geschahe, zur Vertheidigung hinlänglich vorbereitet [5]). Noch kam es also nicht gleich zur Litiscontestation, sondern die edirte Klage ward einstweilen den

 actis

1) De iurisdictione Lib. I. cap. 13.

2) BRETTUS in ordine perantiquo iudiciorum civilium cap. 24.

3) RAEVARDUS de Praeiudiciis Lib. I. cap. 4. Meine Opuscula Tom. II. pag. 327.

4) *L. un. Cod. Theod. de omissa actionis impetrat.*

5) Meine Opuscula Tom. II. pag. 332.

actis postulationum einverleibt, und die Partheyen wurden auf einen andern Termin vorbeschieden [6]). Damit nun aber der Kläger gesichert war, daß sich der Beklagte in diesem Termine gewiß einfinden werde, so konnte er von ihm eine Cautionsleistung durch Bürgen verlangen, welche *vadimonium* genennt wurde [7]). Hatten sich nun die Partheyen zur bestimmten Zeit vor dem Tribunal des Prätors wieder eingefunden, so kam es jetzt zur Litiscontestation, wenn zuvor die nöthigen Cautionen, z. B. satisdatio ratihabitionis, iudicatum solvi u. s. w. waren geleistet worden [8]). Der Kläger erzählte hierauf den ganzen Vorgang der Sache, oder den Handel (negotium), worauf er seine Klage gründete, und recitirte die Formel, welche seine Intention ausdruckte. Der Beklagte antwortete darauf, entweder verneinend, oder er schützte eine Einrede vor, wodurch er eine Entbindung von der Klage zu bewirken suchte [9]). Diese Erzählung des Klägers, und die von dem Beklagten darauf ertheilte Antwort, hieß bey den Römern litis contestatio [10]), wie Justinian [11]) uns selbst lehrt, wenn

6) RAEVARDUS Protribunal. lib. sing. cap. 9. SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 1. et ad *Eundem* ZEPERNIK not. b. et c. pag. 116. sq.

7) *Bav.* VOORDAE Diss. de vadimonio. *Traj. ad Rhen.* 1751. (in *Dan.* FELLENBERGII *Iurisprud. antiqua* Tom. II.)

8) *L. 40. §. 3. D. de Procurat. L. 15. pr. D. eodem. L. 8. L. 13. pr. D. iudic. solvi. L. 2. §. 9. C. de iureiur. propt. calumn.* SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 21. pag. 465. fin.

9) Meine Opuscula T. II. pag. 370. sqq.

10) *Car. God.* WINCKLER Diss. de discrimine inter litis contestationem iure veteri ac hodierno, et utriusque effectibus. *Lipsiae* 1751. Sect. 1. §. 2.

11) *L. 14. §. 1. Cod. de iudiciis.*

wenn er sagt: Cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam. Der Name *litis contestatio* aber kommt daher, weil es bey dieser Handlung gewöhnlich war, die Umstehenden mit einer gewissen Feyerlichkeit zu Zeugen anzurufen, welches *contestari* hieß. So sagt FESTUS [12]): *Contestari* dicuntur duo aut plures adversarii, quod, ordinato iudicio, utraque pars dicebat: *testes estote.* Ob nun gleich die Litiscontestation nach dem angegebenen römischen Begriffe eine Bilateralhandlung war, zu welcher die Mitwirkung beyder Partheyen erfordert wurde; so ist es doch merkwürdig, daß wenn die Gesetze blos von einem der streitenden Theile allein reden, selbige nur eigentlich von dem Kläger sagen: *quod litem contestetur* [13]), weil er derjenige ist, welcher durch Anstellung seiner Klage den Rechtsstreit hauptsächlich veranlaßt [14]); von dem Beklagten hingegen, *quod iudicium accipiat*, wenn er auf die Klage antwortet [15]). Aus der Erzählung des Klägers, und dem Widerspruche des Beklagten konnte nun erst der Prätor richtig beurtheilen, worin die causa, d. i. der eigentliche Streit-

12) De verbor. Significat. voc. *contestari.* Von dieser Feyerlichkeit der Contestation ist nachzusehen WINCKLER cit. Diss. Sect. I. §. 7.

13) *L. 10. §. 2. D. Si quis caut. L. 28. D. de novat. et delegat. L. 11. pr. D. de pign. act. L. 3. §. ult. D. iudicat. solvi.*

14) WINCKLER cit. Diss. Sect. I. §. 2.

15) *L. 35. §. 2. D. de Iureiur. L. 28. §. 2. D. de iudic. L. 34. D. eodem. L. 9. D. de verb. obligat. L. 16. D. de Procurat.*

punct [16]), bestand. Beruhete dieser auf einer bloßen Rechtsfrage, so entschied der Prätor selbst [17]). Wenn hingegen die Entscheidung der Sache von der Erörterung gewisser Thatumstände abhieng, so gab er den Partheyen einen iudex oder auch wohl mehrere [18]), wenn die Sache wichtig war, und die Partheyen darein willigten [19]). Denn keiner konnte ihnen zum iudex aufgedrungen werden, gegen den ein oder der andere Theil protestirte [20]). Derjenige Richter, wegen dessen sich die Partheyen vereiniget hatten, wurde nun vom Prätor für diese Streitsache förmlich bestellt, welches in den Gesetzen: ex conventione litigatorum iudicem addicere, genannt wird [21]), und ihm zugleich

16) *L. un. C. de lit. cont.* sagt: Iudex *causam audire* coepit. *Causa* aber ist, wie WINCKLER cit. Diss. Sect. I. §. 6. aus vielen Stellen der Klassiker bewiesen hat, id, de quo principaliter quaeritur in lite, et quod caput est totius controversiae.

17) *Ger.* NOODT de iurisdict. et imperio Lib. I. cap. 8. RAEVARDUS Protribunal. lib. sing. cap. 11.

18) *L. 12. L. 76. D. h. t. L. 28. L. 38. L. 39. D. de re iudic. Ant.* SCHULTING Diss. de recusatione iudicis. Cap. VI. §. 4. (in EIUS *Commentat. academ.* Halae 1770. 8. edit.) und *Iac.* RAEVARDUS de Praeiudiciis Lib. I. cap. 6.

19) CICERO Orat. *pro Roscio Comoedo* cap. 15. und *pro Cluentio* cap. 43. Daher kommt die Redensart: *iudex inter adversarios convenit*, QUINCTILIANUS Declamat. 342. *Iudex sumitur*, CICERO *pro Flacco* cap. 21. *L. 21. D. Quod vi aut clam. L. 47. D. Famil. erciſc.*

20) *L. 47. D. de iudic.* SCHULTING cit. Diss. Cap. VI. §. 1. et 2.

21) *L. 39. L. 46. L. 80. D. h. t. L. 4. §. 1. D. de eo, quod certo loco. L. 59. §. ult. D. ad SCtum Trebell.*

gleich eine Instruction (formula iudicii) vorgeschrieben, nach welcher derselbe die Sache erörtern und entscheiden mußte. Aus dieser Darstellung der römischen Proceßordnung ergiebt sich, daß die Litis contestatio zu denjenigen Handlungen des Processes gehörte, die in iure d. i. vor dem Prätor vorgenommen wurden. Unser Verf. ist zwar anderer Meinung. Er behauptet nämlich not. q. die Litiscontestation sey erst alsdann geschehen, wenn die Partheyen an den iudicem pedaneum wären verwiesen worden. Hier hätten sie einander in Gegenwart einiger Zeugen mittelst der Stipulation versprochen, daß sie den Proceß bey diesem Richter bis zu Ende fortsetzen wollten; und hierin habe die römische Litis contestatio bestanden. Allein die *L. un. C. de lit. con.* worauf sich auch unser Verf. beruft, unterstützt diese Vorstellung nicht. Zwar heißt es daselbst: *Lis tunc contestata videtur, cum* IUDEX *per narrationem negotii causam audire coepit.* Es hat aber schon Noodt [22]) bemerkt, daß unter dem *iudex* hier nicht der iudex pedaneus, sondern der Prätor oder ein solcher magistratus zu verstehen sey, welcher die Jurisdiction hatte. Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich nicht nur aus der *L. 3. C. de edendo*, welche, wie schon oben bemerkt worden ist, einen Theil der L. un. cit. ausmacht, wo von demjenigen, welcher vorher iudex genennt wurde, gesagt wird, *quod ius reddat*, ein Ausdruck, der nie vom iudice pedaneo gebraucht wird; sondern es läßt sich auch aus andern Gesetzstellen erweisen, daß jene Bedeutung des Worts iudex besonders in den Verordnungen der Kaiser gar nicht, unge-

 wöhn-

22) De iurisdictione Lib. I. cap. 15.

wöhnlich sey [23]). Daß die Litis contestatio nicht erst beym iudex pedaneus geschehen sey, erhellet erstens schon daraus, weil der Prätor dem Judex ohnmöglich eine formulam iudicii hätte vorschreiben können, bevor er nicht aus der Litiscontestation ersehen hatte, worin der eigentliche Streitpunct bestand, der einer nähern Erörterung bedurfte. Daher sagt auch Cicero [24]): *In iure* et exceptiones postulantur, et quodammodo agendi potestas datur, et *omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur.* Hierzu kommt zweytens eine sehr deutliche Stelle des Ulpians, welcher *L.* 1. §. 2. *D. de feriis* sagt: Excipiuntur certae causae, in quibus cogi poterimus, et per id temporis, quo messes vindemiaeque sunt, *ad Praetorem venire*; — Sane quoties res urget, cogendi quidem sumus *ad Praetorem venire*, sed ad hoc tantum cogi aequum est, *ut lis contestetur.* Endlich giebt uns auch Paulus noch ein sehr bündiges Argument, wenn er *L.* 73. *D. de procurator.* sagt: Tum demum, *cum lis iam contestata sit*, omnia *officio iudicis* dirimenda esse. Ich übergehe andere Beweisgründe, die man bey Winkler [25]) finden kann, und

23) *L.* 1. *C. de iurisd.* *L.* 1. *C. de ord. iudicior.* *L.* 4. *C. de offic. Rect. provinc.* *L.* 1. *Cod. ut omn. iudic.* *L.* 1. *C. de annon.* NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 9. und WINCKLER cit. Diss. Sect. I. §. 4.

24) *De invent.* Lib. II. c. 19.

25) Diss. cit. Sect. I. §. 3. 4. et 5. Eben dieser Meinung sind auch *Ger.* NOODT de iurisdictione Lib. I. cap. 15. *Franc.* POLLETUS in Historia fori Rom. restituta et illustrata (*Francof.* 1676.) Lib. V. cap. 5. pag. 441. sqq. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 20. *Car.* SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 27. und VOET h. t. §. 144.

und bemerke nur noch, daß wenn gleich die Feyerlichkeit der Zeugenaufrufung bey der Litiscontestation in der Folge auſſer Gebrauch kam [26]), dennoch sowenig der Name der Litiscontestation, als das Wesen derselben bey den Römern geändert worden ist [27]). Zwar soll es nach einer gewissen Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius [28]) einer

26) HUBER c. l. §. 21. und WINCKLER cit. Diss. Sect. I. §. 10. pag. 27.

27) *Nov. LIII. cap. 3. §. 1. Nov. XCVI.* cap. 1. KLÜGEL Diss. de litis iudicialis initio §. 5. pag. 14.

28) *L. 1. C. Quando libellus principi datus litis contest. faciat.* Dubium non est, *contestationem litis* intelligi etiam, *si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae*, easque adversus heredem quoque eius, in quem porrectae sunt, vel ab herede eius, qui meruit, exercere. In der *L. 8. Cod. Theod. de div. Rescript.* woraus jene L. 1. genommen ist, kommen noch folgende Worte vor, welche Tribonian weggelassen hat. Nam sicut ex causis numerosis etiam haec actio transmittitur ad heredem, quae testatori competiisse monstratur, sic et e diverso, iuris definitione, Consultorum omnium consona responsione, firmatur, ab herede actionem non incipere, quae non competierit testatori. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theodos. T. I. pag. 24. bemerkt zwar ganz richtig, daß, um den wahren Sinn dieses Gesetzes zu bestimmen, die *L. 7. C. Th. de contrab. emt.* welche einen Theil der L. 8. ausmacht, damit verbunden werden müsse. Diese Verbindung lehrt uns zugleich, daß nach jener Verordnung der Kr. Arcadius und Honorius in Absicht auf die Art der Klagen kein Unterschied gemacht war, welchen erst nachher Justinian näher zu bestimmen nöthig fand. Allein darin hat wohl Godefroi nicht Recht, wenn er behauptet, daß der bloßen oblationi precum schon allein die Wirkung der L. C. sey beygelegt worden, da theils die Worte:

einer Litiscontestation gleich gehalten werden, wenn Jemand seine Klage mittelst einer Supplic dem Regenten selbst überreicht, und dieser darauf der Sache gemäß rescribirt hat; es hat auch Justinian [29]) durch eine neuere Verordnung eben dieses, obwohl mit der Einschränkung, bestätiget, daß solches nur bey den prätorischen Klagen, welche nach Ablauf eines Jahrs erlöschen, Statt finden solle. Allein 1) kann doch eine solche oblatio precum et ad eas rescriptio für keine wahre Litiscontestation gehalten werden, da hierzu nicht einmahl die Antwort des Beklagten erfordert wird, und dann 2) dürfen auch wohl die Wirkungen einer solchen litis contestationis anomalae weiter nicht erstreckt werden, als die Gesetze wollen, die ihr nur die Wirkung der Perpetuirung der Klage, und der Transmission derselben auf die Erben beylegen [30]).

2) Die

te: *vel ab herede eius, qui meruit, exerceri*, ein anders lehren, denn das Wort *merere* heißt hier nichts anders, als impetrare rescriptum *L. 33. C. de donat.* theils auch Justinian *L. 2. Cod. Quando libell.* die Erlassung eines Rescripts auf die preces principi oblatas ausdrücklich erfordert, wenn die ihnen beygelegte Wirkung der L. C. Statt finden soll.

29) *L. 2. C. eod.* Temporales actiones, *quae per oblationem precum et ad eas rescriptionem perpetuantur*, definire necessarium esse duximus, ne quis putet, ad alias etiam, quae certis taxantur temporibus, hoc pertinere. Sciant igitur omnes, eas tantummodo *per oblationem precum et ad eas rescripta* perpetuari, *quae a Praetore constitutae annali tempore coarctatae sunt.*

30) Vergl. *Fr.* RAGUELLI Commentar. ad Constitut. et Decision. Iustin. Lib. I. pag. 83. WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 145. in Supplem. novo. pag. 125. sqq. und *Io. Casp.* HEIMBURG Progr. quo inquiritur: an oblatio libelli principi facta litispendentiam inducat? *Ienae* 1750.

2) Die heutige Litiscontestation ist nun dagegen blos eine Handlung des Beklagten, welche in der Antwort desselben auf die gegen ihn erhobene Klage, das ist, in der Erklärung des Beklagten besteht, ob und in wie weit er nämlich den factischen Inhalt der Klage einräumt oder abläugnet, und welche in der Absicht geschiehet, damit der wahre Streitpunct in der Hauptsache gehörig festgesetzt werde[31]). Man nennt sie die Einlassung auf die Klage, oder die Kriegsbefestigung[32]), obwohl gewöhnlicher die feyerliche Antwort des Beklagten auf die in der Klagschrift enthaltenen Thatumstände mit dem Namen der Kriegsbefestigung oder der Litiscontestation in der eigentlichen Bedeutung bezeichnet zu werden pflegt[33]). In dem kanonischen Rechte wird zwar die Litiscontestation eben so, wie in dem Römischen, als eine Bilateralhandlung betrachtet, an welcher beyde

31) WINKLER cit. Diss. Sect. III. §. 1. *Nic. Hier.* GUNDLING Diss. de lite contestata, commoda plerumque, incommoda nunquam. *Halae* 1750. Joh. Christ. Quistorp von der Einlassung auf die Klage, oder der sogenannten Kriegsbefestigung (in Desselben kleinern jurist. Schriften. Bützow und Wismar 1772. Nr. I.) und *Ern. God. Christ.* KLÜGEL Diss. de litis contestatione capita quaedam cont. *Wittembergae* 1782.

32) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgl. Processes §. 172. Hufelands Institutionen des gesammten positiven Rechts §. 1209. und Christ. Wilh. Wehrn Theor. practischer Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen in bürgerlichen Streitsachen. §. 34. Not. 2.

33) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIII. §. 33. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. 2. cap. 5. §. 1. KLÜGEL cit. Diss. de litis contestatione Cap. 1. et 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4378.

beyde ſtreitende Partheyen Antheil nehmen. Denn in dem *cap. un. X. de litis conteſtat.* ſagt P. Gregor IX. ausdrücklich: per petitionem in iure propoſitam et reſponſionem ſecutam litis conteſtatio fit; und dieſes wird mit denſelbigen Worten in dem *cap.* 54. *X. de election.* wiederholt. Allein gleichwie ſchon in den neuern päbſtlichen Verordnungen der Begrif der Litisconteſtation blos auf die Antwort des Beklagten auf die Klage eingeſchränkt wird [34]): ſo zeigt auch inſonderheit der heutige Name der Einlaſſung auf die Klage an, daß ſie blos von dem Beklagten geſchieht [35]).

Uebrigens erhellet aus dem gegebenen Begriffe der Litiscontestation, daß die bloße Vorſchützung peremtoriſcher Einreden noch für keine Einlaſſung auf die Klage gehalten werden könne [36]). Denn wer blos excipirt, räumt weder die Intention des Klägers ein, noch läugnet ſelbige ab [37], ſondern führt blos Gründe zu ſeiner Vertheidigung

34) *Cap. 1. et 2. de litis conteſtat. in 6to.* van ESPEN Ius Eccleſ. univerſ. P. III. Tit. VII. Cap. 3. §. 17. *Iuſt. Henn.* BOEHMER Ius Eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. V. §. 4. ſqq.

35) HOFACKER c. l. §. 4377. KLÜGEL Diſſ. de litis iudicialis initio §. 5. pag. 15. Quiſtorp in der angef. Abhandl. S. 9. ff. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß §. 142. Rettelbladts Verſuch einer Anleitung zu der ganzen practiſchen Rechtsgelahrtheit §. 231. u. a. m.

36) *Cap. 2. de litis conteſt. in 6to.* Oelße Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 115.

37) *L. 9. D. de except. Cap. 63. de Regulis iur. in 6to. Franc.* ALEF Diſſ. Quando excipiens confiteri cenſeatur; (in EIUS *Diebus academ. ſ. Opuſculis.* Heidelbergae 1753. Differt. XXVI.

gung an, wodurch er den Anspruch des Klägers von sich zu entfernen sucht[38]). Daher verordnet P. Bonifacius VIII. daß wenn die vorgeschützten Einreden nicht von der Art sind, daß sie von der Einlassung auf die Klage befreyen, dieselbe von dem Beklagten noch bewirkt werden müsse[39]).

§. 500.

Verschiedene Eintheilungen des Litiscontestation.

Die Einlassung auf die Klage kann auf verschiedene Art eingetheilt werden. Sie ist nämlich

I) entweder eine directe (litis contestatio explicita), oder eine indirecte (litis contestatio implicita), je nachdem der Beklagte entweder mit deutlichen Worten erklärt,

XXVI. pag. 682. sqq.) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. I. membr. 2. cap. 5. §. 2. Not. *). MEVIUS T. II. P. VII. Decis. 128. Anderer Meinung ist jedoch Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bd. 12.

38) *L. 2. D. de Except.*

39) *Cap. 2. de litis contest. in 6to.* Si, oblato ab actore libello, ex parte rei exceptio peremtoria proponatur; nequaquam per hoc litis contestatio intelligitur esse facta: immo, ea non obstante (nisi sit de illis exceptionibus, quae litis contestationem impediunt,) fieri oportebit eandem. In solchem Falle muß also erkannt werden: daß Beklagter Einwendens ungeachtet auf die Klage gehörig zu antworten, und den Krieg Rechtens zu befestigen schuldig, es bleibt ihm jedoch seine bereits vorgeschützte Einrede nach der Kriegsbefestigung zerstörlicher Weise auszuführen unbenommen. S. BOEHMERI Ius Eccles. Protest. Lib. II. Tit. V. §. 6.

klärt, was er von der Klage einräumt oder abläugnet, oder seine Einlassung auf eine solche Art einrichtet, daß man erst durch Schlüsse seine Intention aus derselben folgern muß. Z. B. der Beklagte erklärte sich für bereit, die bey der Klage zum Grunde gelegten Urkunden eidlich abläugnen zu wollen [40]).

II) Sie ist entweder eine **allgemeine** (litis contastatio generalis), wenn der Beklagte nicht punctweise auf die Klage antwortet, sondern nur im allgemeinen den Inhalt derselben entweder einräumt oder abläugnet; oder eine **besondere** (litis contestatio specialis), wenn sich der Beklagte auf jeden einzelnen zur Klage gehörigen Thatumstand bestimmt erklärt.

Eine allgemeine Einlassung auf die Klage ist zwar nach dem römischen und kanonischen Rechte erlaubt [41]); allein die neuere Reichsgesetzgebung hat dieselbe aus dem ordentlichen Proceß auf immer verbannt. Der jüngste Reichsabschied vom J. 1654. §. 37. verordnet nämlich, daß der Beklagte auf die Klage kurz, nervös, und deutlich antworten, auch unterschiedlich und klar, ob und worin das Factum anders, als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte, *specifice*, und auf jeden Punct mit allen seinen Umständen anzeigen solle [42]). Die Veranlassung zu dieser Legislation gaben

40) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4379.

41) *L. 1. C. de lit. contest. Cap. un. X. eodem. Cap. 6. X. de iuram. calumn.*

42) Neue Sammlung der Reichsabschiede 3. Th. S. 648.

gaben die Nachtheile, die eine allgemeine Kriegsbefestigung nach sich zog. Denn da bey dieser Art der Einlassung der eigentliche Streitpunct in der Hauptsache unbestimmt bleibt, so war es unvermeidlich, daß der Kläger oft mit unnöthigen Beweisen belästiget werden mußte, wofern er nicht zu dem unseeligen Mittel der Positionen, welche blos jener Einlassungsart ihren Ursprung verdanken, seine Zuflucht nehmen wollte [43]). Da jedoch diese Nachtheile nur aus einer allgemeinen Abläugnung der Klage entstehen, so kann eine solche Einlassung, welche durch ein allgemeines Einräumen der Klage, oder mehrerer Puncte derselben geschiehet, nicht für gesetzwidrig gehalten werden [44]). Die Einlassung ist ferner

III) entweder eine feyerliche, (litis contestatio solemnis) oder eine nicht feyerliche, (litis contestatio minus solemnis) [45]). Unter jener wird diejenige verstanden,

43) Man sehe hier vorzüglich *Io. Phil.* HAHN Diss. de necessitate et utilitate litis contestationis specialis, eiusque praerogativa prae generali ad R. I. N. §. 37. *Moguntiae* 1747. (in PÜTTERI *Opuscul.* Nr. XIII.) und SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. II. Cap. 5. §. 3. et 4.

44) Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 117. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 2. Th. §. 142. S. 135. und Danz Grundsätze des allgemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 179.

45) Einige Rechtsgelehrten verwerfen diese Eintheilung der Litiscontestation, und behaupten, daß alle Litiscontestation eine feyerliche Antwort des Beklagten auf die Klage sey. S. KLÜGEL de litis contestatione. Cap. 2. Es kommt jedoch auf den Begriff an, den man mit der Litiscontestation verbindet. Nimmt man dieses Wort für Antwort und Einlassung auf die Klage, so läßt sich diese Eintheilung allerdings

den, welche nach der in den Gesetzen vorgeschriebenen Form geschiehet. Zu dieser gesetzlichen Form gehört,

1) daß die Antwort des Beklagten schriftlich geschehe[46]);

2) daß sie deutlich und direct gefaßt sey, und nicht erst durch Schlüsse aus den Worten gefolgert werden dürfe;

3) daß sie auf alle zu der angestellten Klage gehörige Thatumstände gerichtet werden müsse[47]).

Ist diese Form nicht beobachtet worden, so wird die Einlassung auf die Klage eine nicht feyerliche, oder eine blos summarische genennt, von welcher Art die indirecte Einlassung (litis contestatio implicita) und die allgemeine ist. Eine solche nicht feyerliche Einlassung wird zwar im summarischen Processe zugelassen[48]); in dem ordentlichen Processe hingegen wird eine feyerliche Einlassung so nothwendig erfordert, daß der Richter selbige dem Beklagten von Amtswegen auflegen kann[49]).

IV) Kann

vertheidigen. S. Nettelbladts Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrheit §. 232. Danz Grundf. §. 176.

46) Reichsabsch. v. J. 1570. §. 89. — darneben *in scriptis litem eventualiter*, oder aber, da dergleichen Einreden keine bevor, *litem pure* zu contestiren. S. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4378. nr. II.

47) J. Reichsabsch. v. J. 1654. §. 37. Danz §. 176.

48) *Clem.* 2. *de Verb. Signif.* vergl. mit *cap.* 2. *X. de offic. iud.*

49) Quistorps angef. Abhandl. S. 17. folg.

IV) Kann die Litiscontestation entweder eine wahre (L. C. vera), oder eine erdichtete (L. C. ficta) seyn, je nachdem sie entweder von dem Beklagten wirklich geschehen ist, oder zur Strafe des Ungehorsams desselben für geschehen angenommen wird. Letztere setzt die Vernachläßigung einer peremtorischen Citation voraus, vermöge welcher dem Beklagten dieses Präjudiz war angedrohet worden, und zwar wird nach der gemeinen Praxis die Klage für abgeläugnet angenommen [50]).

§. 501.

Fortsetzung dieser Eintheilungen.

Die Einlassung auf die Klage geschieht ferner

V) entweder nur auf den Fall, wenn die von dem Beklagten vorgeschützten dilatorischen und Proceßhindernden Einreden auf rechtliche Art erlediget seyn werden, oder ohne eine solche angehängte Bedingung. In jenem Falle wird sie eine bedingte, (L. C. eventualis) in diesem aber eine unbedingte (L. C. pura) genennt. Selten geschiehet es, daß sich der Beklagte unbedingt auf die Klage einläßt. Gewöhnlich schützt er einige dilatorische Einreden vor. Können nun diese nicht sogleich erwiesen werden, sondern beruhen noch auf einer nähern Untersuchung, so ist der Beklagte nach Vorschrift der Gesetze schuldig, sich wenigstens eventualiter auf die Klage einzulassen, damit zur Abkürzung des Processes über beydes, nämlich über den Grund der vorgeschützten Einreden, und der darauf beruhenden Ein-

50) *I. H.* BOEHMERI Ius eccleſiaſt. Proteſtant. Lib. II. Tit. VI. §. 2. und Quiſtorps angef. Abhandlung S. 31. folgg.

lassung, erkannt werden könne [51]). Hat der Beklagte dieses unterlassen, so wird zwar über die Statthaftigkeit der Einreden erkannt, aber auch zugleich dem Beklagten die Einlassung auf die Klage und die Bezahlung der Kosten, wofern er nicht sehr wahrscheinliche Gründe für sich gehabt hat, auferlegt [52]). Endlich

VI) wird auch die Einlassung noch in die bejahende, verneinende und die vermischte eingetheilt, je nachdem der Beklagte entweder alle Puncte der Klage als wahr einräumt, oder dieselben alle abläugnet, oder einige derselben eingesteht, andere hingegen verneinet. Die bejahende Einlassung geschiehet ferner entweder schlechthin, (L. C. affirmativa simplex) oder mit Vorschützung peremtorischer Einreden, (L. C. affirmativa qualificata). In jenem Falle kann von einem Rechtsstreite nicht weiter die Frage seyn, es bleibt also nichts, als die Verurtheilung des Be-

51) Reichsabschied v. Jahr 1594. §. 6. und J. R. A. vom J. 1654. §. 37. 40. R. Kammergerichtsordn. Th. 3. Tit. 15. §. 7. u. 8. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Lib. I. Sect. I. membr. 2. §. 6. und Quistorps angef. Abhandl. S. 26. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn die vorgeschützte Einrede eine exceptio fori declinatoria, und zwar diese von der Erheblichkeit ist, daß sie die Zuständigkeit des Richters in der gegenwärtigen Sache sehr zweifelhaft macht. Hier ist der Beklagte nach dem angef. §. 40. des J. R. A. vor der Erörterung dieses Puncts sich in der Hauptsache einzulassen nicht schuldig. S. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. Band. Nr. LXXXII. §. 1. et 2. Ein gleiches gilt von der exceptione spolii. S. SCHAUMBURG l. c. §. 7.

52) STRYK Diss. de litis contestatione eventuali. *Halae* 1704. §. 15.

Beklagten, übrig [53]). Daher halten mehrere Rechtsgelehrten [54]) eine blos bejahende Einlassung für keine wahre Kriegsbefestigung, weil diese ohne einigen Widerspruch nicht Statt finden kann. Es hat auch diese Meinung nach dem römischen Begriff von der Litiscontestation ihre völlige Richtigkeit [55]). Allein nach dem heutigen Begriff derselben läßt sich allerdings auch eine blos affirmative Einlassung gedenken, wie schon Winckler [56]) bemerkt hat. Ist hingegen eine solche Einlassung mit Vorschützung peremtorischer Einreden verbunden, so liegt dem Beklagten der Beweis derselben ob. Kein Wunder, wenn daher der Beklagte immer geneigter ist, sich verneinend auf die Klage einzulassen. Denn da in diesem Falle der Beweis auf den Kläger gewälzt wird, so hofft der Beklagte aus seiner Abläugnung einen doppelten Vortheil zu ziehen, nämlich daß ihm entweder Mangel des Beweises auf Seiten des Klägers eine Entbindung von der Klage, oder daß ihm wenigstens die Schwierigkeit desselben einen vortheilhaften Vergleich zuwege bringen wird. Daher die Cautel proceßsüchtiger Advocaten: Si *feciſti*, *nega*. Allein der Beklagte hat sich wohl vorzusehen, daß er sich in seiner Hoffnung nicht

53) *L. 6. pr. et §. 6. D. de confeſſ. L. 21. D. h. t.*

54) VOET h. t. §. 146. *Arn.* VINNIUS Select. iur. Quaestiones Lib. I. cap. 17. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 21. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. II. Cap. 5. §. 5. not. *). HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4380. not. a. Quistorps Abhandl. S. 22.

55) WINCKLER Diſſ. de diſcrim. litis conteſtationis vet. et hod. Sect. I. §. 6. pag. 20.

56) Diſſ. cit. Sect. III. §. 1. pag. 54.

getäuscht siehet; wenigstens bleibt ihm dann allemal die Erstattung der dadurch verursachten Proceßkosten zur Last. Es haben auch die Gesetze in einzelnen Fällen noch besondere Strafen des frevelhaften Läugnens verordnet [57]). Diese sind:

1) Strafe des doppelten Ersatzes. Sie findet Statt:

a) wenn der Beklagte ein Vermächtniß, das einer Kirche oder einer andern frommen Stiftung hinterlassen worden ist [58]); oder

b) bey der Klage des Aquilischen Gesetzes die begangene widerrechtliche That, (damnum iniuria datum) [59]); oder

c) ein Verwahrungsgut, das ihm bey einem entstandenen Unglücksfalle war anvertrauet worden, (depositum miserabile) [60]); oder

d) bey

57) *Io. Chr.* FALCKNER Disp. de inficiatione eiusque poena in civilibus. *Ien.* 1677. *Io. Ge.* FICHTNER Exercit. de mendaciorum poenis. *Altd.* 1721. *Gust. Henr.* MYLII Diss. de poena inficiationis. *Lipsiae* 1725. *Io. Frid.* WERNHER Diss. I. et II. de poenis inficiationum. *Vitemb.* 1725. *et* 1726. und *Io. Christ.* KNOETSCHKER Commentat. de poenis inficiationis temere litigantium in causis civilibus, iure Sax. Elect. statutis. *Lipsiae* 1790.

58) §. 26. I. *de action.* §. *ult.* I. *de obligat. quae quasi ex contr. nasc.* §. 1. I. *de poena temere litig.*

59) *L.* 2. §. 1. *D. ad Leg. Aquil.* *L.* 23. §. 10. *D. eod.* *L.* 4. *C. eodem.* *Nov. XVIII. cap.* 8. *princ.*

60) *L.* 1. §. 1. *et* 4. *D. depositi.* §. 17. 23. *et* 26. I. *de actionib.*

d) bey einer Schuldklage seine Handschrift, oder die geschehene Auszahlung des Darlehns, wider seine eigene Wissenschaft und Ueberzeugung abläugnet [61]).

2) Verlust des Besitzes; nämlich

a) wenn der Beklagte im Falle einer wider ihn angestellten Realklage böβlich läugnet, daß er die vom Kläger in Anspruch genommene Sache besitze [62]).

b) Wenn Jemand als Besitzer einer fremden Sache, z. B. als Pfandbesitzer, belangt worden ist, und wider seine Ueberzeugung in Abrede stellt, daß die Sache dem Dritten zugehöre. In beyden Fällen kann der Kläger die Abtretung des Besitzes verlangen, wenn er gleich sein Recht an der Sache noch nicht erwiesen hat [63]).

3) Verlust einer zuständigen Rechtswohlthat, in folgenden Fällen.

61) *Nov. XVIII. cap. 8.* et *Auth.* Contra qui. *Cod. de non num. pecun.* Nach diesen Gesetzen macht sich der Schuldner, der den Empfang des Darlehns vorsetzlich geläugnet hat, auch der Einrede, daß die Schuld bezahlt sey, verlustig. Es soll jedoch auch den Gläubiger die Strafe des Duplums treffen, wenn er seine Quittung abläugnet, und der Schuldner deren Richtigkeit erweißt.

62) *L. fin. D. de Rei vindicat. Casp. Henr.* HORN Diss. de poena inficiantis possessionem ad L. fin. D. de Rei Vind. *Vitemb.* 1701. L. B. *a* WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 150.

63) *Nov. XVIII. cap. 10. Auth.* Item possessor *Cod. Qui potior. in pign.*

a) Wer eine übernommene Bürgschaft abläugnet, verliert die den Bürgen zustehende Rechtswohlthat [64]).

b) Wer wider besseres Wissen läugnet, daß er mit dem Kläger in einer Societät stehe, verliert die Wohlthat der Competenz [65]).

c) Wer bey der actione de pauperie läugnet, daß ihm das schädliche Thier gehöre, verliert das Recht, selbiges dem Kläger an Zahlungsstatt hin zu geben, und muß nun den Schaden schlechterdings im Gelde ersetzen [66]). Endlich

4) die Last der Beweisführung, nämlich wenn der Beklagte bey der condictione indebiti die ihm geschehene Zahlung läugnet. Hier muß er beweisen, daß Kläger debite bezahlt habe [67]).

Hieraus läßt sich nun beurtheilen, ob und in wiefern es wahr sey, wenn der Verf. sagt, es hänge blos von der Willkühr des Beklagten ab, ob er sich bejahend oder verneinend einlassen wolle. Es kann auch die heutige Anwendbarkeit jener Strafen mit Recht

64) *L. 10. §. 1. D. de fideiussor.* Das Gesetz redet zwar nur von der Wohlthat der Theilung, allein die Rechtsgelehrten dehnen dasselbe auch auf das beneficium ordinis aus. VOET in Comm. ad Pand. Tit. de fideiussoribus §. 18. CARPZOV Iurispr. for. P. II. C. 18. Def. 6. nr. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 2036. Wehrn theor. pract. Grundriß der Lehre von gerichtl. Einwendungen §. 60. lit. f. Anderer Meinung ist jedoch FALCKNER Disp. de inficiatione §. 42.

65) *L. 67. §. fin. D. pro Socio. L. 22. §. 1. D. de re iudicata.*

66) *L. 1. §. 15. D. Si quadrupes pauperiem fecisse dic.*

67) *L. 25. pr. D. de probat.*

Recht nicht bezweifelt werden, da der Grund derselben, den Justinian [68]) anführt; *non quod duris legibus delectemur, sed ut lites sic minuamus, quo metu poenae citius illi dicant, quae confiteri oportet*, auch noch heutiges Tages Statt findet. Mehrere Proceßordnungen haben daher dieselben namentlich bestätiget [69]), und die meisten practischen Rechtsgelehrten [70]) streiten für deren heutigen Gebrauch; wenn gleich unser Verfasser und einige andere Rechtsgelehrten [71]) in

68) *Nov. XVIII. cap. 8.*

69) Z. B. die Churf. Sächsische Proceßordnung Tit. XVI. §. 3. In der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. Tit. 23. §. 52. sind jedoch, einige Fälle ausgenommen, wo das frevelhafte Läugnen den Verlust des Einwands, oder des Rechts nach sich zieht, meist fiscalische Strafen von 10. 20. bis 100 Rthlr. verordnet.

70) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. I. membr. 2. Cap. 5. §. 5. Not. ****. Nettelbladt Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 236. und §. 707. Deltze Anleitung zum gerichtlichen Proceß §. 120. f. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 181. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 61. *Ern. Frid.* PFOTENHAUER doctrina Processus cum Germ. tum praesertim Saxon. Elect. §. 264. MYLIUS cit. Diss. de poena inficiationis §. 16. Phil. Gäng Anleitung zum gemeinen ordentl. bürgerl. Proceß. Abth. 1. Hptst. 1. §. 193. Not. e. Quistorp in der angef. Abhandl. S. 40. f. u. a. m.

71) Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 2. Th. §. 142. Not. g. S. 140. und Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1226. Allein man sehe STRYK Us. mod. Pandect. Lib. XLV. Tit. VII. §. 3—8. L. B.

a WERN-

in Absicht auf die Strafe des doppelten Ersatzes anderer Meinung sind.

Man hält indessen die vorbenannten Strafen heutiges Tages nur dann für anwendbar,

1) wenn der Beklagte selbst, nicht aber, wenn sein Sachwalter ohne Auftrag oder Genehmigung geläugnet hat [72]).

2) Wenn das Läugnen wirklich geschehen ist, nicht aber, wenn die Klage aus Ungehorsam des Beklagten für abgeläugnet angenommen wird [73]).

3) Wenn der Beklagte vorsätzlich und wider besseres Wissen und Gewissen, nicht aber, wenn er blos aus Irrthum geläugnet hat [74]).

4) Wenn der Beklagte bey seinem Läugnen bis zum Urteil beharret, und von dem, was er geläugnet hat, gerichtlich

a WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 367. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XVI. Tit. 3. §. 29.

72) *L. 16. §. 1. C. de fide instrum. Nov. XVIII. cap. 9.* LEYSER Spec. CXX. Cor. 3. Danz a. a. O. §. 181. Not. c.

73) Rettelbladt a. a. O. §. 708. Nach der Strenge des Rechts sollte jedoch der Ungehorsam des Beklagten gleiche Strafe nach sich ziehen. *L. 11. §. 4. et 7. D. de interrogat. in iure fac.* S. Wehrn im angef. Grundriß §. 61. Not. 2. S. 110.

74) LEYSER Specim. LXXXII. med. 8. et Spec. CXX. Cor. 3. Claproth a. a. O. §. 142. Not. g. am Ende. Allein nach der gesetzlichen Strenge sollte eine grobe Nachläßigkeit einem Dolus gleichgehalten werden. *L. 11. §. 11. D. de interrog. in iure fac.* wie auch Rettelbladt a. a. O. behauptet.

richtlich überführt worden ist[75]). Es muß nur aber derselbe auf eine andere Art, als durch des Klägers Eid, überführt worden seyn, daß er geflissentlich geläugnet habe. Denn hat der Beklagte dem Kläger den Eid deferirt, und dieser ihn geschworen, so fällt die Strafe weg, weil der Kläger durch den Eid von der Last des weitern Beweises befreyet worden ist[76]). Man will zwar auch noch

5) er-

75) Claproth a. a. O. Wehrn a. a. O. und Nettelbladt a. a. O. Gesteht der Beklagte, ehe er noch überführt worden ist, so fällt zwar die Strafe weg, aber die bereits verursachten Kosten muß Beklagter doch bezahlen. *Nov. XVIII. cap. 8.*

76) Bey denjenigen Klagen, wo das Läugnen des Beklagten die Strafe des doppelten Ersatzes nach sich ziehet, sagt dies wenigstens die *L. 30. pr. D. de iureiur.* ganz bestimmt. Eum, qui iuravit, ex ea actione, *quae inficiando crescit*, aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi acquirere, PEDIUS ait: abunde enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate; cum omissa hac parte Edicti, dupli actio integra maneat; et potest dici, hoc iudicio non principalem causam exerceri, sed iusiurandum actoris conservari. Mehrere sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrte wollen zwar diese Stelle so verstehen, daß die actio dupli, des abgeschwornen Eides ungeachtet, doch noch Statt finde, wenn nämlich der Kläger omissa actione ex iureiurando, die Last des Beweises noch übernehmen wolle. So WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. IV. Obs. 151. nr. 224. pag. 880. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. Lib. XII. Tit. 2. Nr. XXXVII. not. a. et b. pag. 358. Allein man sehe dagegen *Ant.* FABER Rational. ad L. 30. pr. D. de iureiur. *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Legem Aquiliam Lib. III. Cap. 5. nr. 22—24. (in *Ger.* MEERMANNI *novo Thesauro iur. civ. et canon.* Tom. II.

pag.

5) erfordern, daß der Kläger, wenn ihm das Läugnen nachtheilig ist, auf Bestrafung desselben angetragen haben müsse [77]). Allein in den Gesetzen ist dieses nicht vorgeschrieben, welche vielmehr die Verurtheilung des Läugnenden in die gesetzliche Strafe dem Richter zur angelegentlichen Pflicht machen [78]).

§. 502.

Allgemeine Grundsätze von der Litiscontestation und ihrer Form.

Die Einlassung auf die Klage ist nun

1) in jedem Proceß nöthig, weil vermöge derselben der wahre Streitpunct (status controversiae) bestimmt wird. Sie wird daher nicht nur in dem ordentlichen, sondern auch im summarischen Proceß erfordert [79]).

2) Sie

pag. 156.) *Guil.* BARCLAIUS Commentar. ad Tit. Pandect. de iureiurando, ad L. 9. §. 2. h. t. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 933.) und *Io.* VOET Commentar. ad Pand. Lib. IX. Tit. 2. §. 6. in fin. und Lib. XII. Tit. 2. §. 18.

77) S. Rettelbladt a. a. O.

78) *Nov. XVIII. cap. 8.* sagt: In talibus itaque omnibus modis condemnationem hoc fieri volumus modo: et si praeter haec egerit, iudicem scire, quia transcendens legem ipse tenebitur his poenis. S. Wehrn im angef. Grundriß §. 61. S. 108.

79) Wenn es in *Clem.* 2. *de Verbor. Signific.* heißt: in causis summariis iudex litis contestationem non postulat; so ist dies von einer feyerlichen Einlassung zu verstehen, welche in dem ordentlichen Proceß erfordert wird. S. WINCKLER cit. Diss. Sect. III. §. 1. in fin. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4382.

2) Sie muß ohne Einmischung der Einreden geschehen. Die dilatorischen müssen der Litiscontestation vorausgeschickt, die peremtorischen aber derselben angehängt werden.

3) Sie geht nur auf die zur Klage gehörigen relevanten Thatumstände. Bloße Rechtssätze machen keinen Gegenstand derselben aus, wofern nicht Thatumstände dabey zur Sprache kommen; z. B. wenn der Kläger sich auf Privilegien oder Gewohnheitsrechte gründet, die nicht notorisch sind.

4) Dasjenige, worauf sie gehet, muß in einzelne Sätze zergliedert werden, deren jeder einen Thatumstand und einen logisch richtigen Sinn enthält [80]). Diese einzelne Sätze durch Zahlen zu unterscheiden, erfordert die Deutlichkeit.

5) Die Erklärung über jeden dieser Sätze muß so geschehen, daß deutlich erhelle, was der Kläger einräumt, und was er läugnet. Der Beklagte muß sich daher aller zweydeutiger und unbestimmter Ausdrücke enthalten. Nur wenn von fremden Handlungen, oder von solchen die Rede ist, die schon vor langer Zeit geschehen sind, kann er mit nicht wissen, oder glauben antworten.

6) Die Einlassung muß ohne Anhang geschehen, das heißt, der Beklagte muß sich blos darüber erklären, was

80) Es ist daher eine fehlerhafte Einlassung, wenn die Antwort blos auf einzelne Worte der Klage geschieht, wie KLÜGEL in Diss. de litis contestatione capita quaedam contin. *Vitemb.* 1782. Cap. 3. zeigt.

was er von dem factischen Inhalt der Klage als wahr einräumt, oder läugnet, ohne beyzufügen, ob und in wiefern das, was der Kläger vorgebracht hat, sich anders verhalte. Denn hat der Kläger das Factum unrichtig oder unvollständig vorgetragen, so kann der Beklagte nachher die exceptionem rei non sic sed aliter gestae anhängen, und nun den wahren Verlauf der Sache erzählen[81]).

§. 503.

Wirkungen der Litiscontestation.

Soviel endlich die Wirkungen der Litiscontestation betrifft, so haben selbige nach dem römischen Rechte ihren Grund vorzüglich darin, daß man diese Handlung gleichsam wie einen Contract betrachtete, wodurch nicht nur, gleich einer Stipulation, eine neue Verbindlichkeit begründet, sondern auch die Natur der angestellten Klage in mancher Rücksicht geändert wurde[82]). Durch die Litiscontestation, welche bey den Römern, wie bereits bemerkt worden, eine Bilateralhandlung war, machten sich nämlich die Partheyen verbindlich, den Rechtsstreit, so wie er angefangen worden, nicht nur fortsetzen und beendigen, sondern auch dem richterlichen Erkenntniß ein Genüge leisten zu wollen. Hierauf zielt unstreitig Ulpian[83]), wenn er sagt: Sicut stipulatione

ne

81) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Lib. I. Sect. I. membr. 2. Cap. 5. §. 6. und *Ern. God. Christ.* KLÜGEL Diss. de lite sine appendice contestanda. *Vitemb.* 1782.

82) WINCKLER cit. Diss. de discrimine inter litis contestationem iure veteri ac hodierno, et utriusque effectibus. Sect. II. MALBLANC Doctr. de iureiurando Lib. III. §. 39.

83) *L. 3. §. 11. D. de peculio.*

ne contrahitur, ita iudicio contrahi. Es wird zwar diese Stelle von den neuern Rechtsgelehrten verschiedentlich erklärt, und nicht alle sind darin einverstanden, daß die Litiscontestation gleichsam wie ein Contract sey angesehen worden [84]). Allein erwägt man, daß überhaupt die römischen Juristen gewohnt waren, die Form der Rechtsgeschäfte so einzukleiden, daß solche, soviel nur möglich, auf Contracten, welche freylich oft nur zum Schein angebracht wurden, beruhen möchten; kennt man ferner die hohen Begriffe des römischen Bürgers von seiner Freyheit, dem es unerträglich schien, daß man ihn zu etwas verurtheilte, wozu er sich nicht freywillig anheischig gemacht hatte [85]); so scheint es, schon von dieser Seite betrachtet, eben keine seltsame Idee zu seyn, wenn man der Litiscontestation, welche überhaupt mit der Stipulation so viel Aehnlichkeit hatte, die Verbindlichkeit eines Contracts beylegte. Es läßt sich aber auch nicht füglich anders erklären, wenn Ulpian sagt, daß in solchen Fällen, wo sonst die actio de peculio gegen den Vater nicht Statt findet, z. B. wenn der Sohn ein Delict oder Quasidelict begangen hat [86]), der Vater gleichwohl actione

84) *Io. Ortw.* WESTENBERG de causis obligationum Diss. II. Cap. III. §. 27. et Diss. VI. Cap. V. §. II. WALCH Indroduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. 6. §. 2. und Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 27. S. 82.

85) CICERO *pro Balbo* cap. 13. et *pro domo* cap. 30. Weber systemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 8. u. 9.

86) *L. 58. D. de Reg. iur.* Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari. Denn der Vater giebt dem Sohn das Peculium nicht dazu, daß er es zu unerlaubten Hand-

actione iudicati de peculio belangt werden könne, als daß diese Klage in einer solchen Verbindlichkeit ihren Grund haben müsse, die einem Contract ähnlich ist. Denn daß aus jedem Contract oder Quasicontract des Sohnes die actio de peculio gegen den Vater begründet war, ist bekannt. Diesen sind nun auch die Worte: *Proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem*, welche Westenberg der gemeinen Meinung entgegen setzt, so wenig entgegen, daß sie vielmehr solche vorzüglich bestätigen. Denn der Sinn derselben geht, wie auch schon Heinrich Brenkman [87]) bemerkt hat, unstreitig dahin, daß wenn gleich bey Verbrechen Anfangs nur der Sohn belangt werden kann, so begründet doch nachher die Litiscontestation auch eine Klage wider den Vater de peculio, welcher nun eben so actione iudicati belangt werden kann, als wenn der Sohn einen Contract geschlossen hätte. Daß durch die Litiscontestation auch eine Novation bewirkt wird, soweit sie nämlich dem Kläger vortheilhaft ist, läßt sich, wenn auch gleich Westenberg [88]) diesen Satz bestreiten will, dennoch eben so wenig bezweifeln. Ulpian [89]) sagt ausdrücklich: Fit autem delegatio vel per stipulationem

Handlungen gebrauche, sondern daß er darüber mit andern Verträge schliesse, und auf eine erlaubte Art etwas damit zu erwerben suche. S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Tit. de peculio Nr. XXX. not. q.

87) Diatr. de Eurematicis, s. Commentar. in HERENNII MODESTINI *librum sing.* περι Ευρηματικων. (*Lugd. Batav.* 1706. 8.) Cap. XII. §. XIV. nr. 2. pag. 266.

88) Cit. loc. Diss. VI. cap. 5. §. 13. sqq.

89) *L. 11. D. de novat. et delegat.*

tionem vel per litis conteſtationem; und Paulus[90]) bemerkt noch den Unterſchied: Aliam cauſam eſſe novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, und beweißt dieſes durch mehrere Beyſpiele, um zu zeigen, daß dieſe Novation, welche durch die Litisconteſtation geſchiehet, nur in ſo weit Statt finde, als ſie dem Kläger zum Vortheil gereicht. Denn er ſetzt hinzu: *Neque enim deteriorem cauſam noſtram facimus actionem exercentes, ſed meliorem; ut ſolet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri poſſunt*[91]).

Die Wirkungen der Litisconteſtation beſtehen nun nach dem Röm. Recht darin:

1 in Abſicht auf die Klage.

a) Dieſe wird durch die Litisconteſtation dergeſtalt perpetuirt, daß wenn ſie vorher nur eine Temporal-Klage war, ſie nun erſt nach dreyßig Jahren, eine perpetuirliche Klage aber erſt nach vierzig Jahren erlöſcht[92]). Nach dem ältern Röm. Rechte war zwar der

90) *L. 29. D. eodem.*

91) Man vergleiche auch die *L. 86.* u. *L. 87. D. de Reg. iur.* und DONELLUS in Commentar.iur. civ. Lib. XVI. cap. 20. pag. 933. und in Commentar. ad Tit. XLII. Lib. VIII. Cod. de novationibus nr. 10. et 11. pag. 710

92) *Iac.* CUJACIUS Obſervat. iur. Rom. Lib. XVIII. cap. 29. *Franc.* HOTOMANNUS Obſervation. Lib. III. cap. 28. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Diſput. XII. Th. 2. Lit. E. v. *Et temporalibus.* HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4333. und Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 987. Andere behaupten jedoch, daß nach der Litisconteſtation alle Klagen,

der Kläger gegen alle Verjährung auf immer gesichert, wenn einmahl lis war contestirt worden [93]). Allein Kr. Theodosius beschränkte zuerst diese ewige Dauer der Klagen in einen Zeitraum von dreyßig Jahren [94]). Kr. Valentinian III. änderte dieses zwar dahin ab, daß wenn eine Klage erst nach Verlauf von fünf und zwanzig Jahren, von Zeit ihrer Entstehung an gerechnet, wäre angestellt worden, solche nachher nur noch zehen Jahre dauern sollte [95]). Allein Justinian hob diesen Unterschied wieder auf,

ohne Unterschied, und also auch Temporalklagen erst in 40 Jahren erlöschen. S. *Io. Iac.* WISSENBACH in Commentario ad L. ult. Cod. de praescript. XXX. vel. XL. annor. pag. 709. *Fr.* RAGUELLUS in Commentar. ad Constitut. et Decisiones Iustiniani Lib. VII. pag. 631. sqq. WINCKLER cit. Dissert. Sect. II. §. 4. *Christ. Frid.* POHL Diss. de fatis praescriptionis longissimi temporis ex legibus Iustiniani. *Lipsiae* 1780. §. 5. und *Dan.* SCHÜTTE Diss. de praescriptione litispendentiae. *Goettingae* 1784. Cap. II. §. 5. sqq.

93) *L. ult. §. 1. in fin. D. de fideiussor. tutor. L. 9. §. 3. D. de iureiur. L. 24. pr. D. de liber. causa. L. 139. D. de Reg. iur. Princ. I. de perp. et tempor. act..*

94) *L. un. C. Theod. de act. certo tempore finiend. L. 3. C. de praesc. XXX. vel XL. annor.* Der Urheber dieser Verordnung ist nicht Theodosius der Große, sondern Theodos der Jüngere, wie schon an einem andern Orte bemerkt worden ist. (Commentar 3. Th. §. 277. S. 560. Not. 5.) Man sehe auch *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 3. de praescr. XXX. vel XL. annor. pag. 255.

95) *Nov. de episcopali iudicio.* (in Collect. Novellar. Constitut. Impp. Iustiniano anterior. perpet. comment. illustr. opera *Io. Dan.* RITTERI Lib. II. Tit. 12.)

auf, weil derjenige, welcher durch Anstellung der Klage und erfolgte Litiscontestation sein Recht zu verfolgen angefangen hat, an dessen Fortsetzung aber durch die Macht und Chikane seines Gegners oder durch andere Zufälle verhindert worden ist, mehr Begünstigung verdiene, und demjenigen nicht gleich zu achten sey, welcher sich seines Rechts gar nicht bedient hat. Er verordnete daher, daß wenn der Kläger nach der Litiscontestation die Klage liegen ließe, dieselbe nicht in dreyßig, sondern erst nach vierzig Jahren, von dem letztern Schritt, der im Proceß geschehen, an gerechnet, erloschen seyn solle[96]).

b) Wenn die Klage sonst nicht auf die Erben übergehet, so bekommt sie nun durch die Litiscontestation die Eigenschaft, daß sie sowohl von den Erben des Klägers, als gegen die Erben des Beklagten fort-

 gesetzt

96) *L. ult. C. de praescr. XXX. vel. XL. annor. L. 1. §. 1. Cod. de annali except.* VOET ad Pandect. h. t. §. 55. will behaupten, daß Justinian jene Perpetuität der contestirten Klagen durch die *L. 13. §. 1. C. de iudiciis* wieder aufgehoben, und dagegen verordnet habe, daß jede Klage, welche nach ihrer Anstellung nicht fortgesetzt worden ist, nach Ablauf von drey Jahren erloschen seyn solle. Allein das Gesetz enthält von einer solchen Abänderung nichts, sondern will nur so viel sagen, daß der Beklagte nach drey Jahren eine Entbindung von der Instanz erhalten kann: *volumus eum ab observatione iudicii relaxare*, wie Justinian §. 2. cit. L. 13. sagt. Man sehe CUJACIUS Lib. IX. Obs. 22. et Lib. XVIII. c. 29. *Franc.* RAGUELLUS in Commentar. ad Constitut. et Decisiones Iustiniani Lib. VII. pag. 632. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 16. de COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 25. und besonders SCHÜTTE cit. Diss. Cap. II. §. 9. et 10.

gesetzt werden kann[97]). Dies ist der Fall bey den Pönal- und Injurienklagen.

c) Wenn

97) §. 1. I. *de perpet. et temp. act.* L. *ult.* §. 1. D. *de fide-iussor. tutor.* L. 26. L. 58. D. *de obligat. et action.* L. 87. L. 139. L. 164. D. *de Reg. iur.* L. 13. *pr.* D. *de iniuriis.* Es scheint zwar, daß nach der L. 33. D. *de obligat. et act.* eine Pönalklage schon auf die Erben des Beklagten übergehe, wenn sie nur gegen den Verbrecher noch bey dessen Leben angestellt worden, obgleich die Litiscontestation noch nicht erfolgt war. Constitutionibus, sagt Paulus, quibus ostenditur, heredes poena non teneri, placuit, *si vivus conventus fuerat*, etiam poenae persecutionem transmissam videri, *quasi lite contestata cum mortuo.* Wirklich behaupten dieses auch CUJACIUS in commentar. ad L. 26. 33. et 58. D. de obligat. et act. VINNIUS in Comment. ad §. 1. I. de perpet. et tempor. act. *Ianus a* COSTA in Praelection. ad illustriores quosd. Titulos, locaque select. iur. civ. (*Ludg. Bat.* 1773. 4.) pag. 209. und PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. II. cap. 1. pag. 4. sqq. Man sagt, es sey dies gegen die sonstige Regel des Civilrechts durch die Verordnungen der Kaiser eingeführt worden. Allein erwägt man, daß eben dieser Paulus zur Transmission einer Pönalklage auf die Erben an andern Orten die Litiscontestation ausdrücklich erfordert; L. 24. *pr.* D. *de lib. causa.* L. 87. D. *de Reg. iur.* L. 164. D. *eodem.* daß auch eben dieses die einstimmige Meinung des Ulpians, L. 26. D. *de obligat. et act.* und L. 28. D. *de iniur.* und des Callistratus sey, L. 58. D. *de obligat. et act.* daß ferner die Kaiser selbst, nämlich sowohl Diocletian und Maximian L. *un.* Cod. *Ex delict. defunct. in quantum hered. conven.* als Justinian §. 1. I. *de perpet. et temp. act.* eben diese Wirkung nur der Litiscontestation zuschreiben, und daß es endlich nicht nöthig gewesen wäre, in der L. 1. C. *Quando libellus princ. dat. lit. contest. fac.* der Einreichung einer Klagschrift bey dem Regenten und der darauf erfolgten Rescripts-

c) Wenn die Klage eine Noxalklage ist, und das schädliche Thier nach der Litiscontestation stirbt, so bleibt

weng.

scriptserlassung die Wirkung der Litiscontestation in sofern beyzulegen, daß die Klage auf die Erben übergehen könne, wenn schon die blose Anstellung der Klage nach den Verordnungen der Kaiser zu Paulus Zeiten diese Wirkung hervorgebracht hätte; so entstehen hier Schwierigkeiten, die sich so leicht nicht heben lassen. Die Glossatoren, denen auch *Pet.* FABER in Comm. ad L. 86. et 87. D. de Reg. iur. *Hub.* GIPHANIUS in Lectur. Altorphin. ad L. 33. D. de obligat. et act. pag. 601. und BAVIUS VOORDA in Notis ad *Iani a* COSTA praelection. cit. pag. 209. not. y. beypflichten, glauben nicht, daß die L. 33. cit. eine Abänderung des ältern Rechts enthalte, sondern sie verstehen die Worte des Paulus so, daß die Klage auf Privatstrafe sodann gegen die Erben des Verbrechers fortgehe, wenn dieselbe noch bey dessen Leben angestellt, und eine Litiscontestation erfolgt wäre. Die Worte: *quasi lite contestata cum mortuo*, zeigten also hier keine Improprietät, keine Fiction, sondern ipsam rei veritatem an, und wollten so viel sagen: *utpote* oder *quippe lite contestata cum mortuo*. Allein daß die L. 33. keine blose Bestätigung jenes Rechtsgrundsatzes enthalte, zeigen die Worte: *Constitutionibus placuit*, ganz deutlich an. Andere wollen daher der Schwierigkeit durch eine Veränderung des Textes abhelfen, und lesen *transmissam non videri*. So Haloander und Baudoza. Allein die gemeine Leseart bestätiget die Florentinische Handschrift der Pandecten; S. IAUCHIUS in Meditat. crit. de Negationibus Pandect. Flor. Cap. 5. pag. 84. Nach jener Leseart würde auch die Particul *etiam* ganz ohne Bedeutung da stehen. Andere erklären diese Stelle von einer Criminalklage, welche auf eine öffentliche Geldstrafe wider den Verbrecher angestellet worden ist; als *Ant.* FABER Conjectur. Lib. VII. cap. ult. *Em.* MERILLIUS Obsevat. Lib. IV. cap. 2. und *Iac.*

wenigstens die Verbindlichkeit zum Schadensersatz noch fortdauernd; dahingegen hebt dieser Todesfall die Klage

VOORDA Interpret. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 19. Allein diese Meinung widerlegen theils die Worte: *si vivus conventus fuerat*, welche bey einer Criminalklage nicht gebräuchlich sind, wie auch Kleinschrod in der systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 38. S. 94. bemerkt hat; theils lehrt die *L. 20. D. de accusat.* daß bey öffentlichen Verbrechen die Geldstrafe nur dann von den Erben gefordert werden kann, wenn die Verurtheilung des Verbrechers noch bey dessen Leben erfolgt ist. Die letztern Worte dieser Stelle aber: *Ex caeteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta*, sind blos von Privatverbrechen zu verstehen, wie Kleinschrod a. a. O. erwiesen hat. Sie würden also, wenn sie nach den Worten erklärt werden könnten, vielmehr einen neuen Beweis geben, daß die Strafe bey Pönalklagen auf die Erben übergehe, wenn nur die Klage gegen den Verbrecher noch bey dessen Leben wäre angestellet worden, was sich aber doch mit andern Gesetzen nicht vereinigen läßt. VOET ad Pand. h. t. §. 149. weiß sich endlich nicht anders zu helfen, als eine Interpolation des Tribonians anzunehmen, zu dessen Zeiten die Verjährung auch durch die blose Citation sey unterbrochen worden; welches aber bey so vielen andern Stellen, die die Wirkung der Transmission bey den Pönalklagen der Litiscontestation zuschreiben, höchst unwahrscheinlich ist. Unter allen Erklärungen der L. 33. scheint daher diejenige das meiste für sich zu haben, nach welcher diese Stelle aus der *L. 10. §. 2. D. Si quis caut. in iud. sist. c. fact.* erklärt, und von dem Falle verstanden wird, da der Beklagte aus Ungehorsam und Chikane nicht mit dem Kläger litem contestirt hat. Dies lehren die Worte: quia si ad iudicium veniffet,

ge ganz auf, wenn er vor der Litiscontestation erfolgt ist [98]).

2) In Absicht auf den Gegenstand des Processes. Dieser wird

a) durch die Litiscontestation dergestalt streitig, daß nun der Beklagte die in Anspruch genommene Sache weder veräussern, noch sonst eine Veränderung zum Nachtheil des Klägers mit derselben vornehmen darf [99]). Hat er selbige von dem Orte, wo die Klage wider ihn angestellet worden, weggebracht, so muß er sie auf seine Kosten wieder herbeyschaffen [100]). Die Sache muß also unverändert in dem Zustande gelassen werden, in welchem sie sich zur Zeit der Litiscontestation befand [1]). Von dieser Zeit an muß daher

 b) auch

nisset, litem cum eo contestari actor potuisset, welche *Ant.* FABER in Rational. ad L. 10. cit. ohne hinlänglichen Grund für einen Zusatz des Tribonians hält. Diese Erklärung haben CARPZOV Lib. III. Respons. 39. *Hartm.* PISTOR Quaestion. iuris P. I. Qu. 27. nr. 7. et 8. LAUTERBACH in Disp. de transitione actionum. *Tubing.* 1653. Th. 38. u. a. m.

98) *L. 1. §. 13. et 16. D. Si quadrupes pauper. fec. dic.* Iac. GOTHOFREDUS in Commentar. ad Tit. Dig. de div. Reg. iuris ad L. 139. h. t. pag. 586.

99) *L. 13. D. famil. erciſc. L. 1. Cod. Communi divid. Tot. Tit. Dig. et Cod. de litigios.*

100) *L. 12. D. de Rei vindicat.*

1) *L. 2. D. de uſur. et fruct. L. 91. §. 7. D. de legat. 1.* Wo es heißt: Cauſa eius temporis, quo lis conteſtabatur, repraeſentari debet actori; et *quale eſt, cum petitur, tale dari debet.* Daß der Ausdruck *cum petitur*: das tempus iudicii coepti andeute, lehrt *L. 15. D. Ratam rem haberi.*

b) auch selbst der redliche Besitzer alle Früchte der Sache restituiren, und zwar nicht nur diejenigen, welche er wirklich geärndet hat, sondern auch die, welche bey angewandtem gewöhnlichen Fleiß eines guten Wirths noch hätten gezogen werden können [2]). Er muß ferner für alle Deteriorationen haften, welche er mit Vorsatz oder durch seine Schuld verursacht hat [3]), und überhaupt dem Kläger alles dasjenige prästiren, was derselbe gehabt hätte, wenn ihm die Sache zur Zeit der Litiscontestation wäre ausgeliefert worden [4]). Daher die Regel: *Post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse* [5]); welche nachher durch die Erklärung der Röm. Rechtsgelehrten dergestalt erweitert wurde, daß man den Anfang der malae fidei des Besitzers sogar auf die Zeit zurück rechnete, da derselbe von der wider ihn erhobenen Klage die erste Wissenschaft erhalten hat [6]). Der Beklagte bleibt aber doch von einem solchen

2) *L. 1. §. 1. C. de petit. heredit.* *L. 22. Cod. de Rei vindic.* *L. 2. C. de fruct. et lit. expens. §. 2. I. de offic. iud.*

3) *L. 45. D. de Rei vind.* *L. 4. §. 2. D. fin. regund.* *L. 25. §. 8. D. de aedil. edicto.*

4) *L. 40. pr. D. de heredit. petit.* *L. 20. D. de Rei vindicat.* *L. 31. D. de reb. credit.*

5) *L. 25. §. 7. D. de heredit. petit.* *L. 45. D. de rei vindicat.*

6) *L. cit. 25. §. 7. D. de hered. petit.* wo Ulpian die Worte beyfügt: quin immo post controversiam motam; und in der *L. 20. §. 11. D. eodem* sagt eben dieser Jurist: Ex quo quis scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor. Man seh: auch *L. 31. §. 3. D. eodem.* *Franc. de* AMAYA Observat. iuris Lib. III. cap. 2. nr. 31. et 32. glaubt zwar, dies gelte nur von der Erbschaftsklage. Bey der Reivindication hingegen und andern Klagen trete die mala fides des Besitzers nicht vor der Litis-

chen unredlichen Besitzer, der es von Anfang an gewesen, dadurch sichtbar unterschieden, daß er für keine Unglücksfälle haften darf, wenn sie auch die Sache in des Klägers Gewahrsam nicht betroffen haben würden [7]). Denn eigentlich kann man doch nicht sagen, daß der bonae fidei possessor durch die ihm geschehene Edition der Klage schon immer gleich die vollkommene Ueberzeugung von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes erhält, als welche erst vom Beweiß des Klägers abhängt; sondern es wird dadurch nur eigentlich seine bona fides wegen des ungewissen Ausgangs des Processes wankend gemacht [8]). Er wird also durch die Litiscontestation nicht *naturaliter* in malam fidem versetzt, sondern nur *civiliter* in Rücksicht gewisser rechtlicher Folgen einem malae fidei possessori gleich geachtet, wie §. 567. weiter gezeigt werden soll [9]).

3) In

Litiscontestation ein. Allein daß dieser Unterschied ungegründet sey, hat schon *Ant.* FABER Rational. ad L. 25. §. 7. D. de heredit. petit. gezeigt.

7) *L. 16. pr. et §. 1. D. de Rei vindicat. L. 40. princ. D. de heredit. petit.*

8) *L. 10. C. de acquir. vel retin. poss.*

9) Man vergleiche hier vorzüglich *Christph. Christ.* HASSE Diss. de litis contestatione an et quatenus bonae fidei possessor per eam in mala fide constituatur. *Goettingae* 1780. *Io. Frid. Guil.* SCHLEGEL Diss. de discrimine inter possessionem bonae et malae fidei eiusque effectu civili secundum iuris Rom. principia. *Havniae* 1790. Sect. I. §. 6. nr. 5. et 6. Ernst Christ. Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum u. Verjährung §. 933. ff. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 987. Not. 2.

3) In Ansehung der streitenden Theile. Diese müssen

a) den Proceß bey dem Richter fortsetzen, dessen Gerichtsbarkeit sie durch die Litiscontestation einmahl anerkannt haben. Daher die Regel: *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet* [10]). Dies gilt auch von ihren Erben, wie Javolen [11]) sagt: Si is, qui Romae iudicium acceperat, decessit, heres eius, quamvis domicilium trans mare habet, Romae tamen defendi debet.

b) Wenn sich der Beklagte fälschlich für den Besitzer der Sache ausgegeben, weswegen ihn der Kläger, der ihn für den Besitzer hielt, in Anspruch genommen hat, und er hat sich einmahl auf den Rechtsstreit eingelossen (liti se obtulit); so muß er nun auch die Sache mit dem Kläger ausmachen, und er kann zum Ersatz des Werths und alles übrigen Interesse verurtheilt werden [12]), wenn er nicht beweisen kann, daß der Kläger das Gegentheil gewußt habe [13]). Denn in diesem Falle hätte sichs der Kläger freylich selbst zuzuschreiben, daß er ohne Nutzen Je-

man-

WINCKLER cit. Diss. Sect. II. §. 8. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1676.

10) *L. 30. D. de iudiciis.*

11) *L. 34. D. eodem.*

12) *L. 25. et 27. pr. D. de Rei vind. L. 13. §. 13. D. de heredit. petit. L. 45. D. eodem. Aem. Lud.* HOMBERGK ZU VACH Diss. de oblatione ad litem. *Marburgi* 1746.

13) *L. 45. D. de hereditat. petit.*

manden in Anspruch genommen, den er nur als Besitzer belangen konnte [14]). Endlich

c) erlangt der Procurator durch die Litiscontestation das Eigenthum des Rechtsstreits [15]), von dessen Wirkungen schon bey einer andern Gelegenheit gehandelt worden ist. [16]).

Hieraus erhellet nun, wie wahr es sey, wenn Paulus sagt: daß durch die Litiscontestation die Lage des Klägers nicht verschlimmert, sondern meist verbessert werde [17]).

Heutiges Tages läßt sich

1) bey der Einlassung auf die Klage kein Quasi Contract mehr annehmen [18]). Denn

a) gehört überhaupt die ganze Theorie des Röm. Rechts von den Verbindlichkeiten quasi ex contractu zu den übertriebenen Subtilitäten, wovon der Grund, wodurch die römischen Juristen veranlaßt wurden, alle Rechte und Verbind-

14) *L. 26. D. de Rei vindicat.* Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 922.

15) *L. 4. §. ult. D. de appellat.*

16) Commentar 5. Th. 1. Abth. §. 390. S. 243. f.

17) *L. 86. D. de Reg. iur.* Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt; sed plerumque melior. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 86. D. de Reg. iur. pag. 402.

18) WINCKLER cit. Diss. de discrim. L. C. vet. et hod. Sect. III. §. 2. p. 56. Anderer Meinung ist jedoch HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4383.

bindlichkeiten, soviel möglich, auf Contracte zu reduciren, bey uns ganz wegfällt [19]).

b) Ist die heutige Litiscontestation keine Bilateralhandlung mehr, sondern eine bloß einseitige Handlung des Beklagten. Endlich

c) bedarf es auch h. z. T. keiner besondern Willenserklärung der Partheyen mehr, daß sie den Proceß, so wie er angefangen worden, fortsetzen, und dem Erkenntniß ein Genüge leisten wollen. Denn die Wirkung der Litispendenz ist schon Folge einer gehörig insinuirten Citation. Von dieser Zeit an dürfen vermöge der *Clem.* 2. *Ut lite pendente nihil innovetur* keine Neuerungen vorgenommen werden, sondern es muß dem Proceß in der Maaße, wie er anhängig gemacht worden ist, sein Lauf gelassen werden. So wenig also der Beklagte die in Anspruch genommene Sache veräussern, oder sonst Veränderungen damit vornehmen darf, so wenig findet auch eine Veränderung des Gerichtsstandes weiter Statt [20]). Endlich daß der Beklagte das leiste, wozu er verurtheilt worden ist, dazu bedarf es auch seiner Einwilligung nicht, sondern dazu kann er wider seinen Willen angehalten werden. Dahingegen finden

2) die Wirkungen der Novation auch noch heut zu Tage Statt. Winkler [21]) läugnet zwar, daß durch die

19) S. Herrn Prof. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 29. S. 90.

20) *Cap.* 19. *X. de foro competente.* S. meinen Commentar 3. Th. §. 236. d. S. 350. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4350. und WINCKLER cit. Diss. Sect. III. §. 5.

21) Diss. cit. Sect. III. §. 2.

die heutige Litiscontestation eine Novation bewirkt werden könne, weil diese nur eine Folge des Quasi-Contracts war. Allein er kann doch selbst nicht läugnen, daß die Folgen der Novation auch noch nach dem heutigen Gerichtsgebrauche gelten. Wenn daher auch gleich h. z. T. schon durch die Citation die Verjährung unterbrochen wird; so sind doch darin unsere practische Rechtsgelehrten [22]) einverstanden, daß die Klagen erst durch die Litiscontestation perpetuirt werden, und solche Klagen, die sonst mit dem Tode des Klägers oder des Beklagten erlöschen, auch heutiges Tages erst nach der Einlassung auf die Erben übergehen.

§. 504.

Findet Aenderung der Klage noch nach der Litiscontestation Statt? Unterschied zwischen Aenderung, Verbesserung und Erläuterung der Klage.

Zu den vorzüglichen Wirkungen der Litiscontestation rechnet man gewöhnlich auch noch die, daß nach derselben keine Aenderung der Klage mehr Statt findet. Man versteht nämlich unter Aenderung der Klage, wenn entweder ein ganz anderer Klagegrund substituirt, oder mit Beybehaltung des Klagegrundes die Klage auf einen andern Gegen-

22) CARPZOV Iurisprud. for. P. IV. Const. XLVI. Def. 6. et Respons. iuris Lib. III. Tit. IV. Resp. 38. BERGER Oecon. iuris L. II. Tit. II. §. 26. Not. 13. MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 316. *a* PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 94. KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 69. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. pag. 4385. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes §. 38. und Höpfner im Commentar über die Institutionen. §. 987. nr. 4. und Not. 4.

Gegenstand gerichtet wird. Eine solche Aenderung der Klage ist zwar vor der Litiscontestation, wenn die Kosten erstattet werden, ohne allen Zweifel erlaubt; nachher aber findet sie nicht mehr Statt, sondern der Kläger muß die angestellte Klage fallen lassen, dem Beklagten alle Kosten ersetzen, und den Proceß von neuen anfangen. Denn eine neue Klage, sagt unser Verf. erfordert eine neue Einlassung; ist diese nun aber einmahl geschehen, so kann sie in dem nämlichen Proceß nicht noch einmahl verlangt werden. Anders ist es, wenn die Klage blos verbessert oder erläutert wird. Eine Verbesserung der Klage geschieht, wenn alles Vorige im Wesentlichen bleibt, und nur eine in der Klagschrift eingelaufene Unrichtigkeit abgeändert, oder eine Nebenverbindlichkeit nachgeholet wird. Z. B. wenn der Kläger in Absicht auf die Größe der geforderten Schuld, oder in Ansehung der geforderten Münzsorte, oder in Ansehung der Zeit der contrahirten Schuld einen begangenen Irrthum berichtiget, oder die in der Klage vergessenen Früchte und Zinsen noch nachher fordert. Eine Erläuterung der Klage (declaratio libelli) geschieht hingegen, wenn der Kläger dasjenige, was er in der Klage nicht bestimmt genug vorgetragen hat, nachher näher bestimmt, und deutlicher erklärt. Beydes ist sowohl vor als nach der Litiscontestation solange erlaubt, als in der Hauptsache noch nicht geschlossen ist. Alles dieses ist nun nach dem heutigen Gerichtsgebrauch nicht dem mindesten Zweifel unterworfen [23]). Allein desto mehr wird darüber gestrit-

23) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. Membr. I. cap. I. §. 14. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon §. 750. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4375. Clap-

roth

gestritten, ob und wie lange nach dem Römischen Rechte die Aenderung der Klage erlaubt sey? Daß sie vor der Litiscontestation Statt habe, ist in der *L.* 3. *Cod. de edendo* deutlich entschieden, wo es heißt: *Edita actio* speciem futurae litis demonstrat: *quam emendari vel mutari licet*, prout Edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit aequitas. Die hier beygefügten Bedingungen bestehen, wie Hugo Donellus [24]) ganz richtig bemerkt, darin: 1) daß die abgeänderte Klage dem Beklagten aufs neue edirt, auch ihm deshalb eine neue Bedenkzeit gestattet werde; und 2) daß ihm die Kosten ersetzt werden müssen. Ob aber das Röm. Recht die Aenderung der Klage auch noch nach der Litiscontestation in eodem iudicio erlaube, ist sehr zweifelhaft. Verbindet man mit der oben angeführten L. 3. die L. un. C. de lit. cont. welche, wie schon bey einer andern Gelegenheit bemerkt worden ist, ursprünglich zusammen gehört, und eine Verordnung ausgemacht haben, so scheint es, daß die Frage zu verneinen sey. Denn aus der Verbindung beyder Stellen ergiebt sich, daß die Kr. Severin und Antonin den Unterschied inter litem contestatam und editam actionem, vorzüglich in Rücksicht auf die Aenderung und Verbesserung der Klage, zeigen wollen, wie auch Gerhard Noodt [25]) bemerkt hat. Nun sagen sie: *Inter litem contestatam et editam actionem per-*

roth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 133. Danz Grundsätze des gem. ordentl. bürgerl. Processes §. 487. *Ferd. Gotth.* FLECK Diss. de discrimine inter mutationem et emendationem libelli. *Lipsiae* 1790.

24) Comment. ad L. 3. C. de edendo pag. 10.

25) De iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 13. pag. 111.

permultum interest; und bemerken nur von der letztern, daß es erlaubt sey, diese zu ändern und zu verbessern, quia edita actio tantum speciem futurae litis demonstrat. Einen andern Grund für diese Meinung giebt die Natur der römischen Litiscontestation, vermöge welcher die Partheyen quasi ex contractu verbunden waren, den Proceß, so wie er angefangen ist, fortzusetzen und zu beendigen. So wie nun kein Theil wider den Willen des Andern von einem geschlossenen Contract wieder abgeben darf, so konnte ja auch der Kläger nicht wider den Willen des Beklagten eine neue Klage substituiren. Noch mehr bestätigt diese Meinung die alte Römische Proceßform, vermöge welcher die Sache nach der Litiscontestation an den iudicem pedaneum verwiesen wurde. Dieser mußte sich aber an seine Instruction (formulam iudicii) halten, und konnte über keine andere Klage erkennen, als welche in der Formel des Prätors enthalten war, die Klage mochte stricti iuris oder bonae fidei seyn. Dies lehrt **Javolen**[26]), welcher bey Gelegenheit einer Theilungsklage sagt: ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest. Aus diesen Gründen behaupten daher die meisten Rechtsgelehrten[27]), daß nach der Litiscontestation auch das Römische Recht keine Aenderung der Klage in der nämlichen In-

26) *L. 18. D. Communi divid.*

27) Man sehe NOODT c. l. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. II. Tit. XIII. §. 11. *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 35. I. de actionib. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. 1. cap. 17. WINCKLER cit. Diss. de discrim. L. C. iure vet. et hod. Sect. II. §. 6. pag. 40. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Tit. de Edendo Qu. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4375. u. a. m.

Instanz gestatte, sondern der Kläger müsse einen neuen Proceß anfangen, und dem Beklagten wegen der vergeblich angestellten Klage alle Kosten erstatten, obwohl er übrigens die neue Klage vor eben dem Richter anstellen könne. Man pflegt dies noch insonderheit mit dem Ausspruch des Paulus [28]) zu bestärken, welcher sagt: Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset: *ideoque alia interpellatione opus est.* Diesen Gründen haben nun aber Donellus [29]), Giphanius [30]), Voet [31]), und Wissenbach [32]) so viel entgegen zu setzen gewußt, daß man sich nicht wundern darf, wenn mehrere Rechtsgelehrten geradezu behaupten, daß nach dem Römischen Rechte die Aenderung der Klage ohne Unterschied sowohl vor als nach der Litiscontestation und zwar in dem nämlichen Proceß erlaubt sey [33]). Die meiste Schwierigkeit macht unstreitig §. 35. *I. de action.* wo Justinian sagt: Si quis aliud pro alio intenderit; nihil eum periclitari placet, sed *in eodem iudicio*, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti, si is, qui hominem Stichum petere

28) *L. 23. D. de iudiciis.*

29) Commentar. ad L. 3. Cod. de Edendo. pag. 11. sqq.

30) Explanat. difficilior. ac celebrior. Legum Cod. ad L. 3. Cod. de Edendo. pag. 34. sqq.

31) Comment. ad Pandect. Lib. II. Tit. XIII. §. 9.

32) Exercitat. ad Pandect. Part. I. Disput. VIII. §. 20.

33) VINNIUS in Comment. ad §. 35. I. de actionib. *Ian. a* COSTA in Comment. ad eund. §. 35. I. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. VII. §. 9. und *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. II. Tit. XIII. §. 12.

tere deberet, Erotem petierit: aut si quis ex testamento sibi dare oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur. Daß Justinian hier etwas ganz Neues habe verordnen wollen, wie Janus a Costa behauptet, welcher daher statt permittitur *permittimus* lieset, ist darum nicht glaublich, weil auch schon Paulus [34]) die Aenderung der Klage für zulässig hält, so lange der Proceß noch nicht geendiget ist. Si detracta noxae deditione, sagt dieser Jurist, quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta, et finito iudicio, amplius agendo cum noxae deditione, exceptione rei iudicatae summovebitur: quia res in superius iudicium deducta, et finita est. *Donec autem prius iudicium agitatur*, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda poeniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque, si cum eo, qui scit, cum noxae deditione actum sit: amplius in dominum, detracta noxae deditione, danda actio non est. *In ipso autem iudicio*, si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus. Andere [35]) wollen daher diese Stellen so verstehen, daß der Kläger, um die Klage zu ändern, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand habe suchen müssen; und weil diese Restitution heut zu Tage nicht mehr nöthig sey, so könne von der Vorschrift des Römischen Rechts kein Gebrauch mehr gemacht werden [36]). Dagegen hat nun aber freylich schon Voet [37]) nicht

34) *L. 4. §. 3. D. de noxal. act.*

35) NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 13. pag. 111. WINCKLER c. l. HOFACKER c. l.

36) *de* COCCEJI c. l. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. e.

37) Cit. loc. pag. 123.

nicht ohne Grund erinnert, daß in keiner der angeführten Stellen von einer prätorischen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Rede sey. Es läßt sich daher auch hierdurch die Schwierigkeit eben so wenig heben, als wenn Andere [38]) die Worte Justinians: *in eodem iudicio* so erklären wollen, daß die abgeänderte neue Klage apud eundem iudicem angestellt werden könne. Denn wer die römische Bedeutung des Worts iudicium kennt (§. 495.), kann wohl dem Wissenbach [39]) nicht Unrecht geben, wenn er diese Erklärung eine violentam interpretationem nennt. Die Sache bleibt also nach dem Römischen Rechte zweifelhaft.

§. 505.

Hauptpersonen beym Proceß. Haupterforderniße des Richters.

Die Hauptpersonen, welche bey dem Proceß vorkommen, sind

1) die streitenden Theile, nämlich der Kläger und der Beklagte. Erster ist derjenige, welcher durch ein gerichtliches Rechtsmittel sein Recht gegen einen andern dergestalt verfolgt, daß er dadurch zuerst die Sache an die Richter bringt, und von demselben verlangt, daß er ihm durch Verurtheilung seines Gegners zu seinem Recht verhelfe. In summarischen Sachen wird er Implorant, auch Impetrant genennt. Der Beklagte hin-

38) HUBER Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 35. pag. 511. und MARCKART cit. Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 17. pag. 117.

39) Disputat. ad Institut. Disput. XLVI. §. 80.

hingegen ist derjenige, wider welchen geklagt wird, oder welcher von dem Kläger gerichtlich in Anspruch genommen wird, dieser heißt im summarischen Proceß Implorat, auch Impetrat. Zuweilen können beyde Theile in dem nämlichen Proceß Kläger und Beklagter zugleich seyn. Dies ist der Fall bey den iudiciis duplicibus, z. B. bey den Theilungsklagen (§. 716.) [40]). Die Partheyen müssen übrigens die Fähigkeit haben, vor Gericht zu handeln, (iustam personam standi in iudicio habeant) wovon ich §. 529. ein mehreres sagen werde.

2) Der Richter. Darunter wird überhaupt diejenige Person verstanden, welche zur Untersuchung und Entscheidung streitiger Rechtssachen bestellt ist. Dieser ist entweder durch ein Kompromiß der Partheyen gewählt, oder unter öffentlicher Auctorität bestellt. Im ersten Falle ist es ein Schiedsrichter, arbiter oder iudex compromissarius. In dem letztern Falle wird eine solche Person, welche unter öffentlicher Auctorität streitige Rechtssachen untersucht und entscheidet, ein Richter oder *iudex* im eigentlichen Verstande genennt [41]). Ein solcher iudex war ehemals bey den Römern entweder ein *magistratus Populi Romani*, oder ein *iudex pedaneus*, je nachdem er entweder zur Ausübung der Gerichtsbarkeit vom Staat selbst authorisirt, oder von einer Magistratsperson zur Cognition und Entscheidung einer ihm aufgetragenen streitigen Rechtssache mittelst einer gewissen Formel bestellt war. Daß auch selbst magistratus Populi Rom. in den römischen Gesetzen nicht selten iudices genennt werden, ist

40) *L. 2. §. 3. fam. erciſc.*

41) *L. 78. D. h. t.* sagt daher: Iudicare munus publicum est.

ist schon bey mehrern Gelegenheiten bemerkt worden [42]). Da jedoch der Unterschied zwischen *magistratus* und *iudex pedaneus* im neuern Römischen Rechte aufgehoben ist [43]); so wird heut zu Tage derjenige ein Richter genennt, welcher vermöge eines öffentlichen Amts die Gerichtsbarkeit verwaltet [44]).

Die Haupterfordernisse eines Richters sind,

1) daß er die Fähigkeit habe, Rechtsstreitigkeiten zu untersuchen, und zu entscheiden. (Habilitas).

2) Daß er ein rechtschaffener, wahrheitsliebender Mann sey, von dem sich eine unpartheyische Gerechtigkeitsverwaltung erwarten läßt. (Integritas).

3) Daß ihm sowohl über den Beklagten, der vor ihm belangt worden ist, als in der Sache, worüber der Streit obwaltet, die Gerichtsbarkeit zustehe. (Competentia iudicis).

42) Selbst in der *L. 1. D. h. t.* wird ein jeder *Iudex* genennt, qui Tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet. Man sehe auch *L. 4. §. 1. D. de interr. in iure fac.* und *Io.* WYBO lib. sing. de interrogationibus in iure. (*Lugd. Batav.* 1732.) Cap. V. pag. 62. sqq.

43) Man sehe den 3. Th. dieses Commentars §. 190. Durch die *L. 2. C. de pedan. iud.* wurde jedoch iudicum dandorum mos noch nicht völlig aufgehoben. S. NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 15. p. 116.

44) MALBLANC Conspectus rei iudiciariae Rom. Germanicae. (*Norimb. et Altdorf.* 1797. 8.) Sect. II. Cap. II. §. 135.

§. 506.

1) Wer ist zum Richteramte unfähig?

Unfähig zum Richteramte sind alle diejenigen, welche ein physischer oder moralischer Mangel an der Verwaltung desselben hindert. Dahin gehören Taube, Stumme, Rasende und Wahnwitzige, nach dem Röm. Rechte [45]) zwar nur solche, die es beständig sind; allein heut zu Tage auch diejenigen, welche vernünftige Zwischenräume haben [46]). Ferner Blinde. Ein Richter wird zwar darum seines Amts nicht entsetzt, weil er blind geworden ist, sondern er muß die Handlungen durch einen Deputirten verrichten lassen, die das Gesicht, oder eine Beaugenscheinigung erfordern [47]). Allein zu einem obrigkeitlichen oder richter-

45) *L. 12. §. 2. D. h. t.* sagt: perpetuo furiosus.

46) Nach dem Röm. Rechte konnte auch ein Rasender, wenn er lichte Zwischenräume hatte, vom Prätor zum Judex bestellt werden, wenn er gleich zu der Zeit noch furiosus war. Der Ausspruch war gültig, den er that, nachdem er wieder bey Verstande war. Dies ist der Sinn der *L. 39. pr. D. h. t.* bey dem zwar *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 29. sq. manches ungereimt findet, und daher verbessern will; allein ohne hinlänglichen Grund, wie Bach in der unpartheyischen Critik über juriſt. Schriften 1. Band S. 184. gezeigt hat. Nach dem heutigen Rechte ist jedoch von diesem Gesetz kein Gebrauch zu machen. MALBLANC cit. Conspectu §. 137. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 35. und Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 24.

47) *L. 1. §. 5. D. de postul.* WERNHER Observat. for. T. I. P. III. Obs. 31. *Frid. Henr. Max.* KERSTEN Diss. de visu privatis eorumque iuribus. *Lipsiae* 1773. §. 8.

richterlichen Amte wird ein Blinder nicht befördert [48]). Die Ausnahme, die das Röm. Recht [49]) bey einem iudice pedaneo macht, findet heutiges Tages ohnehin nicht mehr Statt. Nach dem Röm. Rechte soll ferner Niemand unter achtzehen Jahren zum iudex pedaneus bestellt werden [50]); eben dieses findet nach dem kanonischen Rechte auch bey den iudicibus delegatis Statt, wenn die Delegation von einem Andern, als vom Landesherrn, geschehen ist [51]). Ist hingegen ein Minderjähriger zwar über 18, aber noch nicht 20 Jahre alt, so kann ein solcher nur mit Einwilligung der Partheyen in ihrer Streitsache zum Richter bestellt werden [52]). Allein der Staat sieht auf kein gewisses Alter, sondern blos auf Tüchtigkeit. Wenn dieser daher einem Minderjährigen ein Richteramt ertheilt, so kann derselbe in allen Sachen seiner Gerichtsunterthanen die Gerichtsbarkeit gültig ausüben [53]). Unfähig sind ferner Ehrlose, der Rechte Unkundige, und

48) STRYK Tr. de iure sensuum Diss. II. Cap. IV. nr. 7. sqq.

49) *L. 6. D. h. t.* Coecus iudicandi officio fungitur. Mehrere Rechtsgelehrte glauben ohnedem, daß dies durch die *L. 2. et 3. C. de sentent. ex peric. recit.* geändert sey. S. LAUTERBACH h. t. §. 35. in fin. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4180.

50) *L. 57. D. de re iudicata.*

51) *Cap. 41. X. de offic. et pot. iud. del.*

52) HOFACKER c. l. §. 4181. und MALBLANC cit. Conspectu. §. 137.

53) *L. 57. D. de re iudic.* Certe si magistratum minor gerit, dicendum est, iurisdictionem eius non improbari. Princeps enim, qui ei magistratum dedit, omnia gerere decrevit.

Frauenspersonen. Die Patrimonialgerichtsbarkeit macht hiervon keine Ausnahme, wie unser Verf. irrig glaubt. Denn wenn sie gleich mit dem Gute, dem sie anklebt, auf jeden Besitzer übergehet, und daher auch solchen Personen als ein Recht zustehen kann, welche die zur Verwaltung des Richteramtes erforderlichen Eigenschaften nicht haben; so kann sie doch nur von solchen Personen verwaltet werden, die des Richteramts fähig sind [54]).

§. 507.

II) Von wem läßt sich keine unpartheyische Rechtspflege erwarten?

Der Richter darf ferner weder mit der streitigen Sache selbst, noch mit einer der streitenden Partheyen in einer solchen Verbindung stehen, daß ein nachtheiliger Einfluß bey der Rechtspflege zu besorgen ist. Daher kann

1) niemand Richter in seiner eigenen Sache seyn [55]). Es kann jedoch eine Sache nur dann als eigene Sache des Richters angesehen werden, wenn derselbe für seine Person unmittelbaren Vortheil oder Nachtheil von dem Ausgange des Processes hat [56]). Keinesweges aber ist diejenige dafür zu halten, da der Richter, wozu ihn Pflicht und

54) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. II. gener. §. 9. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 24. Not. c.

55) *L. un. Cod. ne quis in sua causa iudicet.* Ge. Christ. WOELCKER Diss. de iudice in propria causa. *Altdorf.* 1709.

56) *L. 1. §. 11. D. Quando appelland. sit.* Palam est, eam esse *propriam causam*, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem *suo nomine* pertinet.

und Gewissen auffordern, blos die Rechte und das Ansehen des ihm anvertrauten Amtes zu vertheidigen sucht [57]). Daher ist zu erklären, warum der Richter über die vorgeschützte Einrede des incompetenten Gerichsstandes selbst erkennen [58]), und die ihm bey der Verwaltung seines Amts wiederfahrne Injurien selbst strafen kann [59]).

2) Niemand darf seinen Eltern, seiner Ehefrau, seinen Kindern, oder andern nahen Anverwandten und Verschwägerten, noch auch seinem Hausgesinde Recht sprechen.

a) In Criminalsachen verbietet dieses namentlich das Cornelische Gesetz von Injurien, qua lege cavetur, wie Ulpian [60]) sagt, ut non iudicet, qui ei, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propiusve eorum quemquam ea cognatione affinitateve contingat.

57) *de* COCCEJI ius civ. controv. Lib. II. Tit. 1. Qu. 8. Except. 2.

58) *L.* 2. §. 6. *L.* 5. *D. h. t.* L. 2. pr. D. Si quis in ius voc. non ier. VOET ad Pand. Tit. de iurisdict. §. 51. Eine Ausnahme macht ZIEGLER in Dicastice Concluſ. XII. §. 32. bey der Patrimonialgerichtsbarkeit; man sehe jedoch *Io. Henr.* BERGER Disp. de potestate personae publicae in se ipsam. *Vitemb.* 1692. Th. 58.

59) *L.* 33. *D. de iniur. Cap.* 1. *de poenis in 6to.* VOET ad Pand. h. t. §. 2. *Io. Henr.* BERGER Disp. cit. de potestate personae publicae in se ipsam Th. 52. sqq. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Spec. LXVIII. med. 6. und SCHORCH Nova Collect. Responsor. et Sentent. select. Facult. iurid. Erfordienſ. Nr. VI.

60) *L.* 5. *D. de iniur.*

b) In ſtreitigen Civilrechtsſachen geht dies aber auch nicht an, wie ebenfalls Ulpian [61]) lehrt: Qui iurisdictioni praeeſt, neque ſibi ius dicere debet, neque uxori, neque liberis ſuis, neque libertis, vel caeteris, quos ſecum habet.

Nur dann findet eine Ausnahme Statt, wenn Jemand bey einem ſolchen Richter freywillig ſein Recht ſucht, der mit ſeinem Gegner in jenem Verhältniß der Verwandſchaft oder Schwägerſchaft ſteht [62]). In dieſem Falle kann ſelbſt der Sohn, als Richter, ſeinen eigenen Vater, ſo gut wie einen Andern, zu ſeiner Schuldigkeit anhalten, wenn er gleich noch in deſſelben väterlichen Gewalt iſt [63]). Denn auf die öffentlichen Amtsgeſchäfte des Sohns haben deſſelben Privat- und Familienverhältniſſe keinen Einfluß [64]). Eben deswegen konnte auch der Sohn in Sachen des Vaters und der Vater in Sachen des Sohns zum iudex pedaneus beſtellet werden [65]), weil es hier mit auf die Einwilligung des Gegners ankam, der den Richter recuſiren konnte [66]). So läßt ſich wenigſtens Afrikan

61) *L. 10. D. de iurisdict.*

62) VOET ad Pand. Lib. II. Tit. I. §. 51. und *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iuris Tom. II. ad L. 14. D. ad SCtum Trebell. §. 5. pag. 1052.

63) *L. 13. §. 5. D. ad SCtum Trebell.*

64) *L. 14. D. eodem. L. 9. D. de his, qui ſui vel alieni iur. ſunt. Ant.* FABER in Iurisprud. Papinian. Tit. I. Princip. V. Illat. I. pag. 30.

65) *L. 6. D. de Recept. et qui arbitr. recep.*

66) *Greg.* MAJANSIUS in Commentar. ad XXX. ICtorum fragmenta. Tom. I. pag. 362. ſqq.

Afrikan mit Ulpian sehr gut vereinigen, wenn jener sagt: In privatis negotiis pater filium et filius patrem iudicem habere potest [67]); ohne denselben gerade von Privathandlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit verstehen zu dürfen. Denn daß hiervon gar nicht die Frage seyn konnte, lehrt der gleich nachher *L.* 78. *h. t.* beygefügte Grund: Quippe iudicare munus publicum est, wie ich auch schon bey einer andern Gelegenheit gezeigt habe [68]).

3) Wer vor Uebernehmung des Richteramts Sachwalter in einer Sache gewesen, kann nachher darin nicht Richter seyn [69]). Daß jedoch der Sohn einer Parthey als Advocat gedient hat, hindert keinesweges den Vater, in dieser Sache als Richter zu sprechen. *Tantus enim cuiusquam erga rem clientis sui affectus praesumendus non est*, sagt Voet [70]), *ut illius in gratiam cum dispendio honoris*

67) *L.* 77. *D. h. t.* Man sehe auch HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. und ZIEGLER in Dicastice Concluf. XII. §. 30. Die Vereinigungsversuche anderer Rechtsgelehrten prüft EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. II. Tit. I. Qu. 8. not. r.

68) Commentar 3. Th. §. 190. S. 63. f. Daß die Ausnahme, welche de COCCEJI in iure civ. controv. Tit. de iurisdictione Qu. 8. u. a. m. bey Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit hier machen, *L.* 3. *D. de adopt.* *L.* 2. *D. de offic. praesid.* *L. un.* §. 2. *D. de off. Consul.* überhaupt hierher gar nicht gehöre, hat schon ZIEGLER c. l. §. 20. bemerkt.

69) *L.* 6. *pr. C. de postul.* *L. fin. Cod. de assessorib.* *L.* 17. *D. de iurisdict.* *Cap.* 36. *X. de appellat.*

70) Commentar. h. t. §. 44. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 39. Anderer Meinung sind jedoch *Ant.* SCHUL-

noris ſollicitare velit parentem iudicem ad ea, quae viro bono indigna ſunt, et eius religionem circumvenire. Es erweckt ferner einen Verdacht gegen den Richter,

4) wenn er mit einer Parthey in offenbarer Feindſchaft, oder in gar zu großer Familiarität lebt, oder wenn er von einer Parthey zum Erben eingeſetzt worden, oder mit einem der ſtreitenden Theile ſelbſt im Proceß befangen iſt [71]). Kurz, was einen Zeugen unzuläßig oder verdächtig macht, das alles kann auch einem Richter mit Grund entgegen geſetzt werden [72]). Wie richtig dieſe Schlußfolge ſey, lehren die Kr. Valens und Gratian *L. un. Cod. Theod. ne in ſua cauſa quis iudicet*, wo es heißt: Promiſcua generalitate decernimus: *neminem ſibi eſſe iudicem debere.* Cum enim omnibus in ſe propriam dicendi teſtimonii iura facultatem ſubmoverint, iniquum admodum eſt, licentiam tribuere ſententiae. Billig hätte daher dieſe Verordnung von den Verfaſſern des Juſtinianeiſchen Codex nicht zertheilt werden ſollen, die nämlich, wie ſchon Gothofredus [73]) bemerkt hat, den Grundſatz, wovon hier die Kaiſer ausgehen, zu einer eigenen Verordnung, *L.* 10. *Cod. Iuſt. de teſtib.* gemacht haben.

§. 508.

SCHULTING in Diſſ. de recuſatione iudicis. Cap. IX. §. 7. und Claproth in der Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß 1. Th. §. 72. S. 278.

71) S. *Ant.* SCHULTING Diſſ. cit. Cap. IX. §. 3. et 4. und MALBLANC Conſpect. rei iudiciar. Rom. germ. §. 139.

72) LAUTERBACH h. t. §. 40. und Danz Grundſ. des ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 24. S. 58.

73) Comment. ad L. un. cit. Cod. Theodoſ. Tom. I. pag. 106. Man vergleiche auch SCHULTING cit. Diſſ. c. l. §. 3.

§. 508.

Von den Mitteln gegen einen verdächtigen Richter.

Ist nun eine solche Ursache vorhanden, daß sich von dem Richter keine unpartheyische Justizpflege, und daher kein gerechtes Urtheil erwarten läßt, so sagt man, der Richter sey verdächtig. Ein solcher Richter kann recusirt werden, d. i. man kann sich denselben verbitten, und dieses Recht gehört zu den Vertheidigungsmitteln, welches daher keiner Parthey, sie sey Beklagter oder Kläger, unter irgend einem Vorwand, selbst nicht aus Machtvollkommenheit des Regenten, entzogen werden darf [74]). Es kann sich daher auch jede Parthey dieses Rechts sowohl vor als nach der Einlassung auf die Klage, und selbst, wenn die Acten in der Sache bereits geschlossen sind, noch bedienen, wenn sie nur in den beyden letztern Fällen beweißt, oder mittelst Eides erhärtet, daß die Ursache des Verdachts vor der Litiscontestation entweder noch nicht vorhanden, oder ihr zum wenigsten nicht bekannt gewesen sey [75]). Ob auch ein ganzes Collegium recusirt werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten streitig [76]). In den Gesetzen selbst finden wir

74) *L. 16. L. ult. Cod. h. t. Nov. XCVI. cap. 2. Cap. 5. X. de exception. Ant. Christph.* APELL Diss. de remediis et causis recusandi iudicem. *Erfordiae* 1793. und *Ant.* SCHULTING Diss. cit. Cap. V. §. 1.

75) *L. 12. L. 16. C. h. t. Cap. 20. X. de sentent. et re iudic. Cap. 25. X. de offic. et potest. iud. deleg. Cap. 4. X. de exc-cept. L. 2. 6. 9. D. de iuris et facti ignor.* SCHULTING cit. Diss. Cap. X. §. 1. sqq.

76) Man vergleiche SÜNDERMAHLER Diss. de formato principis dicasterio non recusabili. (in EIUS *Opuscul.* nr. I.) und *Ern. Frid.*

wir hierüber keine bestimmte Entscheidung. Zwar würde sich die Frage aus dem Römischen Rechte ohnehin nicht entscheiden lassen, da solches nur iudices pedaneos und delegatos, aber keine eigentliche magistratus zu recusiren verstattet, sondern der Parthey, welche etwa von einer Magistratsperson eine ungleiche Gerechtigkeitsverwaltung besorgt, nur erlaubt, um die Beyfügung eines dritten unpartheyischen Richters zu bitten, welcher in den Provinzen gewöhnlich der Bischof war[77]). Allein auch selbst im kanonischen Rechte wird man hierüber vergebens eine durchgreifende Bestimmung suchen, wenn auch gleich dasselbe die Frage im allgemeinen zu bejahen scheint[78]). Alles kommt indessen darauf an, ob der Grund des Verdachts das ganze Collegium trifft, oder nur einzelne Mitglieder desselben. Im ersten Falle findet allerdings die Recusation des ganzen Collegiums Statt, in dem letztern Falle hingegen kann man zwar die einzelnen verdächtigen Mitglieder recusiren, aber diese Recusation kann hier nicht auf das Collegium selbst, als moralische Person, wirken, wenn gleich der Verdacht den größten Theil seiner Mitglieder treffen sollte[79]). Uebrigens ist es nun zwar allerdings

Schul-

Frid. Rühl Diss. de formato principis dicasterio recusabili. *Giesae* 1783.

77) *L. 16. L. ult. C. de iudic. Nov. XIII. cap.* 2. *Nov. LXXXVI. cap.* 2. Man vergleiche hier vorzüglich SCHULTING cit. Diss. Cap. VI.

78) *Can. 15. Caus. III. Qu. 5. Cap. 10. X. de foro compet.* SCHULTING cit. Diss. Cap. VI. §. 17.

79) VOET ad Pand. h. t. §. 47. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. II. general. §. 6. not.* MALBLANC Conspect.

Schuldigkeit einer Parthey, welche den Richter recusirt, daß sie die besondern Gründe des Verdachts anführe, und erweise, oder wenigstens bescheinige, insofern sie nicht etwa schon an sich notorisch seyn sollten. Hierin stimmt das Römische und kanonische Recht mit einander überein [80]). Da indessen ein solcher Beweiß oft sehr schwer, und daher freylich zu besorgen ist, daß der Richter, welcher vielleicht vorher nicht partheyisch gewesen wäre, doch nun gegen die ihn recusirende Parthey einen Haß bekommen, und nun erst partheyisch werden möchte, wenn er gleichwohl wegen Ermangelung eines hinlänglichen Beweises des ihm gemachten Vorwurfs die Richterstelle in der Sache vertreten dürfte; ausserdem aber auch die Ursache des Verdachts zuweilen so beschaffen seyn kann, daß eine Parthey billig Bedenken trägt, selbige anzuführen, weil sie dem Richter eben nicht zur Ehre gereicht; so verstattet man einer solchen Parthey, welche glaubt, daß ihr der Richter keine unpartheyische Justiz administriren werde, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, der sich auf eine Usual-Erklärung des Cap. 11. de Rescript. in 6to gründet, noch ein anderes Mittel, nämlich dieses, daß sie den Richter eidlich perhorresciren kann [81]). Es sind zwar die practischen Rechtsgelehrten

spect. rei iudiciar. Rom. germ. §. 140. und besonders sind hier nachzusehen des H. Hofr. Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß. (Bamberg 1799. 8.) Nr. III.

80) *L. 12. 14. 16. et ult. Cod. h. t. Nov. XVII. c. 3. Nov. LXXXII. c. 8. Cap. 5. X. de except. Cap. 10. X. de foro comp. Cap. 41. §. 1. X. de appellat.* MALBLANC cit. Conspect. §. 141. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4185.

81) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de perhorrescentiae iuramento. *Tub.* 1656. *Io. Ge.* PERTSCH Comment. de origine iurisiurandi

ten über den heutigen Gebrauch des Verwerfungseides (iuramentum perhorrescentiae) noch selbst nicht einig [82]), indem einige denselben für eine Art des Erfüllungseides halten, und daher ausser der Anführung einer besondern Ursache des Verdachts wenigstens einen halben Beweis derselben erfordern [83]); andere hingegen, denen auch unser Verfasser beystimmt, zur Ableistung dieses Eides zwar keinen weitern Beweis, aber doch jederzeit die Anführung einer Ursache für nöthig halten wollen, warum die Parthey, welche diesen Eid schwören will, ein ungerechtes Urtheil besorge [84]). Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauche der meisten protestantischen Gerichte sieht man den Perhorrandi perhorrescentiae. *Helmst.* 1744. und *Walt. Vincent.* WIESE Disquis. de usu et abusu iuramenti perhorrescentiae. *Rostochii* 1790.

82) S. *Io. Phil.* CARRACH Fasciculus opusculor. et controversiar. de non usu iuramenti perhorrescentiae adversus iudicem. *Halae* 1759. 4. Dieses Werk enthält 1) *Io. Tob.* CARRACH Diss. de eiuranda eieratione bonae spei s. de exiguo usu iuramenti perhorrescentiae adv. iudicem. 2) *Henr.* BROKES Diss. de iuramento perhorrescentiae eiusdemque usu practico. 3) Vindiciae Carrachianae adversus oppugnationem Brokesianam. 4) *Adr.* STEGER Diss. de iuramenti perhorrescentiae usu practico in foris Saxoniae Elect.

83 *de* COCCEJI iur. civ. controv. L. XII. Tit. II. Qu. 15. et EMMINGHAUS ad *Eundem* not. g. LAUTERBACH cit. Dissert. §. 31. et 32. MEVIUS P. VI. Decis. 71. Struben rechtliche Bedenken IV. Th. Bed. 11. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4181. u. a. m.

84) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 165. BROKES cit. Diss. §. 14. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 663. not. b. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 46. u. a.

horrescenzeid für eine Art des Eides für Gefährde an, zu welchem ein jeder zugelassen wird, welcher befürchtet, daß ihm von dem ordentlichen Richter keine unpartheyische Gerechtigkeit wiederfahren werde, ohne daß es nöthig ist, eine besondere Ursache des Verdachts gegen den Richter anzuführen, oder zu bescheinigen[85]). Dieser Gerichtsgebrauch, welcher seinen Ursprung aller Wahrscheinlichkeit nach der Glosse verdankt[86]), läßt sich auch dadurch

85) *I. H.* BOEHMER Iur. Eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 74. sqq. PUFENDORF Observat. iur univ. Tom. I. Obs. 180. STRYK Us. Mod. Pandect. h. t. §. 14. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. LXVII. Cor. 3. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. II. gener. §. 7. not.*. Pütter auserlesene Rechtsfälle I. B. IV. Th. Resp. CLXII. nr. 17. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit II. Band (Hannover 1799.) Nr. XIX. S. 184. Nach der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 2. Tit. §. 143. am Ende findet jedoch das iuramentum perhorrescentiae nicht mehr Statt.

85) Schon Accursius behauptete, wenn man schwört, daß man den Richter für verdächtig halte, so brauche man keine weitere Ursache anzuführen. Dies erhellet aus seiner Glosse ad L. 14. Cod. de iudic. wo es heißt: *Et nota hic secundum* IOANNEM. *quod sufficit, si simpliciter asseram eum suspectum, etiam sine causa. Superfluo ergo quaeritur, an sit probanda, cum nec dicenda. Potest enim dici, quod iuret, se habere suspicionem, licet causam non dicat, et hoc ne calumniose recuset. Nam et iuramentum calumniae ideo introductum est, ut calumnia evitetur.* So wenig nun auch diese Meinung den Rechten seines Zeitalters gemäß war, so glaubten doch die Anhänger des Accursius eine Stütze für dieselbe in der Verordnung des

durch gewissermassen rechtfertigen, daß es theils widersprechend zu seyn scheint, von demjenigen, welcher sich zum Ende des Mißtrauens erbietet, noch die Anführung besonderer Gründe, und einen halben Beweis derselben zu verlangen, da ja dieser Eid nach seiner eigentlichen Absicht die Stelle des Beweises vertreten soll, und folglich beydes schon in der Ableistung desselben liegt; theils aber auch es in der That des ganzen Perhorrescenzeides gar nicht bedurft hätte, wenn er weiter nichts als ein blosser Erfüllungseid seyn sollte[87]). In Gemäsheit dieses Gerichts-

Pabsts Bonifacius *VIII.* (Cap. 11. §. 1. de Rescript. in 6to.) zu finden. Zwar ist darin mehr von einer Furcht vor der Privatgewalt des Gegners, als von der Besorgniß einer ungleichen Gerechtigkeitsverwaltung die Rede, wenn daselbst der Parthey verstattet wird, de praedicto timore fidem iudici facere, *saltem per proprium iuramentum*; allein man glaubte, es ließe sich dieser Eid doch auch auf den Fall anwenden, wenn man Partheylichkeit von Seiten des Richters befürchte. Man begünstigte diese Erklärung selbst in der römischen Curie, weil sie den Päbsten Gelegenheit verschafte, die Entscheidung mancher weltlicher Rechtshändel vor ihr Tribunal zu ziehen; und aus Achtung für die Glosse schlich sie sich, mit Aufnahme der fremden Rechte in Teutschland, auch in unsere Gerichte ein. Man sehe hier vorzüglich *Adr.* STEGER Diss. de iuramenti perhorrescentiae usu practico in foris Saxoniae. *Lipsiae* 1730. §. 7—10.

87) S. MALBLANC Doctr. de iureiurando §. 39. not. 59. und WIESE cit. Diss. §. 6. Zwar scheint die Verordnung des P. Leo *X. cap. 3. de foro compet. in VII. Decretal.* *Petri* MATTHAEI, in welcher es §. *Et cum ecclesiasticus* heißt: Ut omnes causae extra Romanam Curiam, et in partibus coram ordinariis locorum cognosci et terminari debeant, cum hac tamen limitatione,

richtsgebrauches kann daher auch der Verwerfungseid sogar durch einen Anwalt abgeschworen werden, wenn er nur zur Ableistung desselben mit einer besondern Vollmacht versehen ist[88]). Unrichtig ist es jedoch, wenn einige Rechtsgelehrte[89]) diesen Eid nur dem Kläger allein ge-

ne, nisi alter colitigantium adversarii sui potentiam merito perhorrescens, seu alia probabili et honesta causa, aliter quam per proprium iuramentum, saltem semiplene probata, coram ordinario non auderet litigare; die entgegen gesetzte Meinung zu begünstigen. Allein theils geht sie uns Protestanten nichts an, wie auch schon BROCKES cit. Diss. §. 18. (in EIUS *select. Observat. for.* Arg. II. pag. 14.) ganz richtig bemerkt hat; theils hat selbst bey den Katholiken der Pabst Innocenz IX. durch eine besondere Bulle den Perhorrescenzeid ganz nach seiner ursprünglichen Gestalt wieder hergestellt, wie aus den Decisionen eines *Qu.* MANDOSII, C. BORELLI, und *Iac.* PUTERI vom *Ad.* STEGER cit. D.ss. §. 9. erwiesen worden ist. Daher findet man nun auch in den Schriften neuerer katholicher Rechtsgelehrten, eines *Paul. Ios. a* RIEGGER in Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 500. und *Ios. Val.* EYBEL Introduct. in ius eccleiast. Catholicor. Tom. IV. §. 468. nr. IX. pag. 608. den Satz: *Moribus quidem, praestito perhorrescentiae iuramento, causam suspicionis neque allegandam, neque probandam esse.*

88) Arg. *Cap. 3. de iuram. calumn. in 6to.* WERNHER Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 295. Quistorp: Ob ein Anwald zum Verabscheungseide gelassen werden könne? (in desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XXXIV. (oder 3. St. Nr. V. der ältern Ausgabe). Daß auch gegen den Willen des andern Theils der Perhorrescenzeid durch einen Anwald geschworen werden könne, zeigt BROCKES cit. Diss. §. 25.

89) MEVIUS P. VI. Decis. 71. RIVINUS Enunciat. iur. Tit. I. Enunc. 3.

statten wollen. Denn da dem Beklagten so gut das Recht zustehet, den verdächtigen Richter zu recusiren, als dem Kläger, so ist kein hinreichender Grund vorhanden, dem Beklagten das dazu dienliche Mittel zu versagen. Ueberhaupt ist ja die Regel bekannt, was dem Kläger erlaubt ist, muß dem Beklagten um so mehr verstattet seyn, weil ihn die Gesetze mehr begünstigen, als den Kläger [90]). Hierdurch widerlegt sich nun auch der gegenseitige Grund von selbst, daß in dem cap. 11. de Rescript. in 6to nur allein vom Kläger die Rede sey, denn daß sich hieraus eine Ausschließung des Beklagten von dem Perhorrescenzeide noch keinesweges folgern lasse, ist schon von Andern mit Recht erinnert worden [91]).

Wenn nun der ordentliche Richter recusirt wird, so gehört zwar die Untersuchung der Gründe des Verdachts für den nächsten Oberrichter, welcher heut zu Tage über die Statthaftigkeit der Perhorrescenz nur allein zu erkennen befugt ist [92]). Vor diesem, oder vor einer dazu erbetenen Commission muß daher auch der Perhorrescenzeid geleistet werden [93]). Damit jedoch durch die Entfernung des

90) *L. 41. D. de Reg. iur. L. 125. D. eodem.* GOTHOFREDUS in Comment. ad L. 41. D. de Reg. iur. pag. 207.

91) *I. H.* BOEHMER Iur. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. II. §. 73. BROKES select. Observat. for. Obs. 2. §. 23. et 24. FELTMANN Tr. de iuramento perhorrescentiae Lib. II. cap. 41. WILDVOGEL Diss. de recusatione iudicis eiusque usu et abusu. Cap. I. §. 24. WIESE cit. Diss. §. 13. u. a. m.

92) MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 141. in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4185. in fin.

93) Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 46. S. 162.

des verdächtigen Richters das Recht der ersten Instanz, welches jedem streitenden Theile zukommt, nicht vereitelt werde, so ist die Entscheidung der Hauptsache einem Commissarius aufzutragen, von dessen Ausspruch an den Oberrichter appellirt, folglich hierdurch die Zahl der Instanzen beybehalten wird [94]). Man behauptet zwar gewöhnlich, daß durch die Recusation des Unterrichters die Sache dergestalt an den nächsten Oberrichter devolvirt werde, daß es blos von seiner Willkühr abhänge, ob er die Sache selbst entscheiden, oder dieselbe einem Commissarius zur Entscheidung übertragen wolle [95]). Allein sollte hierdurch das Recht der ersten Instanz verlohren gehen, so müßte diese Ausnahme in den Gesetzen gegründet seyn. Sie kann aber daraus nicht füglich bewiesen werden. Das Römische Recht ist wenigstens jener Meinung ganz entgegen. Dieses unterscheidet zwischen dem ordentlichen und einem delegirten Richter. Wenn eine Parthey ihrer ordentlichen Obrigkeit nicht trauet, so kann sie nach dem Röm. Rechte nur um die Beyfügung eines andern unpartheyischen Richters (συνδικαςης) bitten. Eine gänzliche Verwerfung der ordentlichen Obrigkeit hatte nicht Statt. (S. 222.) Keiner konnte nun ohne den andern etwas gültig in der Sache vornehmen [96]). Wenn hingegen ein

94) Man sehe Hrn. Hofr. Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß Nr. IV. S. 16. ff.

95) BROKES cit. Obs. 2. §. 29. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 663. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4185. in fin. et §. 4186. nr. III. WIESE cit. Diss. §. 15. Danz Grds. des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 24. am Ende.

96) *L. 39. D. de re iudic. L. 4. Cod. Quando provoc. non est necess.* SCHULTING Diss. de recusatione iudicis. Cap. XII. §. 4.

iudex delegatus recusirt wird, so müssen die Partheyen, die sich ihn verbitten, unverzüglich, binnen den nächsten drey Tagen, einen oder mehrere Schiedsrichter ernennen, welche ihre Sache untersuchen und entscheiden sollen. Diese treten nun an die Stelle des recusirten Commissarius, quasi arbitri fuerint ab imperiali culmine delegati, und von ihren Aussprüchen wird an den Committenten appellirt, qui iudicem eum dedit, qui suspectus visus est [97]). Das kanonische Recht hingegen unterscheidet zwischen dem Erkenntniß über die Perhorrescenz und der Entscheidung der Hauptsache. Ueber die Ursachen des Verdachts sollen entweder arbitri erkennen, welche von den Partheyen zu erwählen sind [98]); oder der nicht verdeterene Concommissarius, wenn nämlich von mehreren päbstlichen Delegaten einer recusirt wird, und diese unter der Clausel bestellet worden sind, daß einer auch ohne den andern solle verfahren dürfen; oder der nächste Oberrichter, wenn ein bischöflicher Delegat oder Official perhorrescirt wird [99]). Keinesweges aber wird dem Oberrichter schlechterdings die Macht eingeräumt, auch die Entscheidung der Hauptsache an

97) *L. 16. L. ult. Cod. h. t.* SCHULTING cit. loc. §. 1—3.

98) *Cap 39. X. de offic. et potest. iud. deleg. Cap. 10. X. de foro compet. Cap. 61. X. de appellat. Franc.* FLORENTIS opera iur. canon. ab *Ignat. Christ.* LORBER *a* STOERCHEN edit. Tom. II. pag. 210. Von dem Ausspruche dieser arbitrorum findet die Appellation Statt, wenn die Recusation auf eine ungerechte Art verworfen worden ist. Cap. 11. de offic. et pot. iud. del. in 6to. ENGEL Colleg. iur. canon. univ. Lib. II. Tit. XXVIII. §. 5. Not. V. pr. 55.

99) *Cap. 4. de offic. et pot. iudic. del. in 6to.* SCHULTING cit. loc. §. 6.

an sich zu ziehen, sondern das kanonische Recht macht hier wieder einen Unterschied, ob der ordentliche Richter, oder nur ein Delegat recusirt worden ist. Im ersten Falle soll der recusirte Richter die Sache auf Verlangen der recusirenden Parthey entweder einem andern unpartheyischen Richter übergeben, gegen den nur aber freylich auch sein Gegner keine gegründete Einwendung haben darf, oder an den nächsten Oberrichter einschicken [100]). In dem letztern Falle soll die Sache entweder dem Concommissär, nämlich in dem oben angeführten Falle, wo auch dieser über die Perhorrescenz zu erkennen befugt ist, oder wenn dieser Fall nicht eintritt, einem Subdelegaten, wenn die Partheyen darein willigen, oder dem Deleganten selbst zur Entscheidung überlassen werden [1]) Das kanonische Recht unterstützt also auch jene Meinung nicht. Nun beruft man sich zwar noch vorzüglich auf eine Stelle der Reichs-

100) *Cap. 61. X. de appellat.* Zwar will P. Innocenz III. *Cap. 10. X. de foro compet.* daß wenn die Justitzburgermeister des Orts (Consules iustitiae) als verdächtig recusirt worden sind, die Partheyen auch in weltlichen Sachen, um ihr Recht zu erhalten, ihre Zuflucht entweder zum Bischoff des Orts oder zum Pabst selbst sollen nehmen dürfen. Allein der Pabst selbst hat in gedachter Verordnung nicht unbemerkt gelassen, daß blos Drang der damaligen Zeitumstände eine solche Verfügung nöthig gemacht habe: *hoc praesertim tempore*, sagt er, *quo vacante imperio, ad iudicem secularem recurrere nequeunt, qui a superioribus in sua iustitia opprimuntur.* Man lese hier die gelehrte Bemerkung des Canzl. Böhmers in seiner Ausgabe des Corp. iur. canon. Tom. II. pag. 234.

1) *Cap. 23. X. de offic. et potest. iud. deleg. Cap. 4. 5. et 8. eodem in 6to.* Vid. SCHULTING cit. loc. §. 7.

Cammergerichtsordnung Th. II. Tit. 1. §. 1. Allein diese handelt blos von dem Falle, wenn der Unterrichter die Justiz verzögert, oder gar verweigert. Daß aber dieser Fall von jenem der Recusation viel zu verschieden sey, als daß eine ausdehnende Erklärung gegen die in Deutschland so klar begründete Befugniß der ersten Instanz Statt finden könne, hat Herr Hofrath Gönner [2]) sehr richtig bemerkt, und auch schon Anton Schulting [3]) mit mehrern gezeigt. Man könnte nun zwar noch sagen, daß der Gegner, der sich vielleicht durch allerley Mittel die Gunst des Richters zu verschaffen gewußt hat, des Rechts der ersten Instanz nicht mit Unrecht beraubt werde. Allein soll denn nun auch der unschuldige Theil darunter leiden?

Besteht das Gericht aus mehreren Mitgliedern, von denen nur eins oder das andere perhorrescirt wird, so bleibt die Entscheidung der Hauptsache bey diesem Gerichte, und nur dasjenige Mitglied, welches recusirt worden ist, muß sich bey der Verhandlung der Sache alles Einflusses und folglich seines Votums durchgehends enthalten [4]). Man behauptet auch, daß in diesem Falle die übrigen nicht recusirten Mitglieder des Collegiums über die Ursache der Recusation erkennen könnten [5]).

Zu-

2) S. Desselben angef. Erörterungen über den gemeinen Proceß Nro. IV. §. 4. S. 18.

3) Diss. cit. de recusatione iudicis. Cap. IV. §. 5.

4) BROKES cit. Diss. §. 27. und LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXVII. med. 7.

5) SCHULTING cit. Diss. Cap. XII. §. 8. VOET h. t. §. 47.

Zuletzt ist noch zu bemerken, daß zwar die Recusation eines Richters, wenn sie nur auf die gehörige Art geschiehet, an sich für keine Injurie zu halten sey, worüber sich der Richter beschweren dürfte, weil sich die Parthey hierdurch theils eines Rechts bedient, das ihr die Gesetze selbst gestatten, theils aber auch durch ihren Eid den animum iniuriandi hinlänglich von sich ablehnt [6]). Sollte indessen der recusirte Richter die Absicht der Parthey, ihn zu beschimpfen, dennoch beweisen können, so wäre in der That kein Grund vorhanden, warum demselben die Genugthuung versagt werden sollte [7]).

§. 509.

III) Woraus beurtheilt man die Zuständigkeit des Richters?

Der Richter muß endlich auch competent seyn, das ist, es muß ihm die Gerichtsbarkeit in dem gegebenen Falle auch wirklich zustehen. Denn jeder Richter hat nur in so fern Gerichtsbarkeit, als er zur Untersuchung und Entscheidung einer Sache berechtiget ist; jede Anmassung der Gerichtsbarkeit in einem Falle, worin dieselbe nicht begründet ist, wirkt daher Nichtigkeit aller vorgenommenen Handlungen [8]). Um nun aber die Zuständigkeit eines

6) *L. 16. C. de iudic. Cap. 39. X. de offic. et potest. ind. deleg. Cap. 5. X. de excep.* MEVIUS P. I. Decis. 51. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. gener. II. §. 6. not. ***. SCHULTING cit. loc. §. 9.

7) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4186. nr. II. lit. C.

8) *L. 1. §. 2. D. Quod quisque iuris. L. 53. §. 3. D. de re iudic. L. 1—4. C. Si a non comp. iud. Cap. 4. X. de iudic.* J. R. Absch. v. J. 1654. §. 122. u. 119.

Richters (competentiam iudicis) in vorkommenden Fällen zu beurtheilen, kommt es darauf an,

1) daß er diejenige Gattung der Gerichtsbarkeit habe, in welche die zu entscheidende Rechtssache einschlägt. Denn gewisse Sachen haben ihr eigenes Forum, für welches sie ausschließlich gehören, ohne daß dabey weiter der Gerichtsstand der streitenden Theile in Betrachtung kommt; z. B. Lehnssachen, geistliche Sachen, u. d. Wer also in dieser Art von Sachen Recht sprechen will, muß die dazu erforderliche Gerichtsbarkeit haben. Hier heißt es also: *actor sequi debet forum causae.*

2) Daß der Beklagte seiner Gerichtsbarkeit unterworfen sey. Auf den Gerichtsstand des Klägers kommt es nicht an. Dieser muß, er sey, wes Standes er wolle, den gehörigen Richter des Beklagten folgen. Daher die Regel: actor sequitur forum rei. Nur wenn von einem blos vorbereitenden Rechtsmittel die Rede ist, findet diese Regel keine Anwendung, indem hier die Zuständigkeit des Richters nach der Hauptsache beurtheilt wird, welche hierdurch erst in den ordentlichen Rechtsgang gebracht werden soll [9]). Hiervon beym Provocatorischen Proceß ein mehreres. (§. 533.) Uebrigens ist es genug, wenn der Beklagte nur zu Anfang des Processes dem Richter, vor welchem er belangt worden, unterworfen gewesen ist [10]). Denn da der Proceß bey dem Richter beendiget werden muß, wo er anhängig gemacht wor-

9) S. HELLFELD Diss. de actore forum rei haud semper sequente. (in EIUS *Opusc.* Nr. VI.)

10) VOET h. t. §. 64.

worden ist [11]); so kann sich der Beklagte der Gerichtsbarkeit desselben nicht entziehen, wenn er gleich während des Processes seinen Stand oder Wohnsitz verändern, und hierdurch ein anderes Forum erhalten sollte [12]). Hat der Beklagte einen mehrfachen Gerichtsstand, so stehet in der Regel dem Kläger die Wahl zu, vor welchem Gericht er denselben belangen will [13]); ausser wo der Beklagte ein privilegium electionis fori hat, vermöge welchen er unter den mehreren Gerichten, die in der Sache competent sind, dasjenige bestimmen kann, vor welchem er in vorkommenden Fällen belangt werden will [14]).

3) Daß dem Richter in der Instanz, wovon die Rede ist, die Ausübung der Gerichtsbarkeit zustehe. Man pflegt nämlich bekanntermassen die mehreren einander subordinirten Gerichte, vor denen eine Rechtssache verhandelt werden kann, Instanzen zu nennen [15]), und diese, im Verhältniß zu einander, in die untere,

11) *L. 30. D. h. t.*

12) *L. 2. Cod. de iurisdict. omnium iudic. L. 7. D. h. t. L. 19. pr. D. de iurisd. Cap. pen. X. de foro compet.* MALBLANC Conspectus rei iudic. §. 117. HOFACKER Tom. III. §. 4219.

13) *L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco.* VOET h. t. §. 66. MEVIUS P. III. Decis. 20. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. Part. I. Resp. I. nr. 13. pag. 25. *Ge. Christph.* WINTER Diss. de electione fori. *Altorfii* 1725. MALBLANC §. 149.

14) S. *Franc. Dom.* HAEBERLIN Disp. de privilegio electionis fori augustae domus Brunsuico-Lüneburgicae. *Helmstadii* 1760. 4. und (von Berg) Darstellung der gesetzmäsigen Beschaffenheit des dem hohen Hause Braunschweig und Lüneburg zustehenden privilegii electionis fori. Göttingen 1797. 8.

15) In dem Römischen Rechte kommt das Wort *Instantia* in dieser Bedeutung nicht vor. S. BRISSONIUS de Verbor. Signific.

tere, oder erstere, die höhere und die höchste einzutheilen [16]). Von diesen muß nun zuerst die untere Instanz angegangen werden. Dies ist eine Wohlthat für den Beklagten, die ihm nicht entzogen werden darf, (beneficium primae instantiae) [17]). Der Oberrichter ist so lang incompetent. Er würde, wenn er auf Verlangen des Klägers die Sache an sich ziehen wollte, die Gränzen seiner Gerichtsbarkeit auf eine unheilbar nichtige Art überschreiten [18]). Nur dann ist es dem Kläger erlaubt, den Oberrichter gleich anzugehen, wenn ihm entweder das privilegium personarum miserabilium zukommt, oder die con-

nific. h. voc. Sie ist blos durch den Gerichtsgebrauch eingeführt worden. Denn eigentlich heißt Instanz jeder Rechtsgang, den die Partheyen mit einander machen, und solcher Instanzen können mehrere vor einem und eben demselben Gerichte vorkommen. S. SCHNEIDT Diss. de foro et instantiis nobilitatis immediatae germanicae in causis civilibus. *Wirceb.* 1790. Sect. I. §. 4. Es geschieht also im uneigentlichen Sinne, wenn die mehreren einander subordinirten Gerichte, vor welchen eine Rechtssache verhandelt wird, Instanzen genennt werden. Man sollte sie Gerichte der erstern, andern u. s. w. Instanz, oder unteres, höheres, höchstes Gericht nennen. S. Herrn Hofr. Klübers kleine jurist. Bibliothek. VI. Band. S. 379.

16) Bey den Reichsgerichten ist es gewöhnlich, alle und jede Territorial- und Austrägal-Instanzen, von denen an die Reichsgerichte appellirt werden kann, zusammen genommen die erste Instanz zu nennen. S. Klüber a. a. O.

17) ESTOR D. de iure primi fori, s. beneficio primae instantiae *Ien.* 1741.

18) J. R. A. v. J. 1654. §. 119. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß 1. Th. §. 31.

continentia causae eine Ausnahme macht; ausserdem kann dem Kläger die Einrede der übergangenen ersten Instanz entgegen gesetzt werden [19]).

§. 510.

Begriff und verschiedene Eintheilungen des Gerichtsstandes.

Ein jeder Rechtsstreit muß nun also vor dem gehörigen Richter verhandelt werden. Hieraus ist die Competenz des Gerichtsstandes zu beurtheilen. Unter *Forum* versteht unser Verf den Ort, welcher zur Verhandlung und Entscheidung streitiger Rechtssachen bestimmt ist, Andere [20]) sagen, wo die Gerichtsbarkeit ausgeübt wird. Allein richtiger ließe sich wohl der Begriff so bestimmen, wenn man unter dem Gerichtsstande theils das Gericht versteht, an welches eine gewisse Sache durch allgemeine oder besondere Gesetze gewiesen ist; theils das Verhältniß der Unterwürfigkeit einer Person unter ein bestimmtes Gericht. In dieser letztern Bedeutung heißt also der Gerichtsstand einer Person nicht nur die Verbindlichkeit, sondern auch das Recht derselben, sich von einem bestimmten Richter in einer bestimmten Rechtssache richten zu lassen [21]).

Einen

19) J. R. Absch. vom J. 1654. §. 105. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Cap. gen. II. §. 10. und Danz Grundsätze des gem. ordentl. bürgerl. Processes. §. 25.

20) *Ge. Lud.* BOEHMER Princ. iur. canon §. 665. *Phil.* HEDDERICH Element. iur. canon. P. II. §. 136. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 147.

21) S. Hufelands Institutionen des gemeinen positiven Rechts. §. 1080. S. 393.

Einen Gerichtsstand hat man nun entweder wegen seiner eigenen Person, oder man erhält ihn wegen der Person eines Andern, mit dem man in Verbindung steht.

I) Das forum, welches man ex persona propria hat, ist entweder in dem gemeinen Rechte gegründet, oder es gründet sich auf eine besondere Befreyung. In einem Falle heißt der Gerichtsstand ein gemeiner, in diesem ein privilegirter.

A) Der gemeine Gerichtsstand (forum commune) gilt entweder der Regel nach in allen Rechtssachen, oder er findet nur in einzelnen besondern Fällen Statt. Jener wird ein allgemeiner (forum generale), dieser ein besonderer Gerichtsstand (forum speciale) genennt. Der generellen Gerichtsstände giebt es zwey. Der Gerichtsstand des Geburtsorts (forum originis) und der Gerichtsstand des Wohnorts (forum domicilii). Der besondern Gerichtsstände hingegen giebt es mehrere. Der specielle Gerichtsstand wird nämlich in einer gewissen Rechtssache entweder durch Prorogation der Gerichtsbarkeit begründet, forum prorogatae iurisdictionis, wovon schon bey einer andern Gelegenheit gehandelt worden ist [22]); oder er findet aus gesetzlicher Verordnung Statt, und zwar

a) der Regel nach in gewissen Sachen; nämlich

1) in peinlichen Sachen, dahin gehören der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens, (forum

22) Mein Commentar 3. Th. §. 203—205.

rum delicti) und der Gerichtsstand des Orts, wo der Verbrecher ergriffen wird, (ferum deprehensionis);

2) in Civilsachen. Der Gerichtsstand des Contracts, der geführten Verwaltung eines fremden Vermögens, der liegenden Sache, und des Zusammenhanges der Rechtssachen.

b) Als Ausnahme wird zuweilen ein besonderer Gerichtsstand auch durch andere zufällig bey einem Rechtsstreite eintretende Umstände bestimmt. (Forum extraordinarium). Ein solcher ausserordentlicher Gerichtsstand findet Statt,

1) wenn der gehörige Richter verdächtig ist. Davon ist §. 508 bereits gehandelt worden.

2) Wenn der ordentliche Richter die Rechtspflege verweigert oder verzögert. In diesem Falle kann deshalb bey dem nächsten Oberrichter Beschwerde (querela protractae vel denegatae iustitiae) geführt werden, welcher alsdann vorerst durch Promotorialen und andere zweckmäßige Zwangsmittel den ordentlichen Richter zu seiner Schuldigkeit anzuhalten sucht, und wenn diese fruchtlos sind, den Proceß von demselben ganz ab, und nach Befinden der Umstände entweder vor sein Obergericht selbst ziehen, oder einem andern Gerichte zur Entscheidung übertragen kann [23]). Nach dem Justinianeischen und kanonischen Rechte soll zwar die Beschwerde über verweigerte oder verzöger-

23) *I. H.* BOEHMER Diss. de origine progressu atque indole querelae denegatae vel protractae iustitiae. *Halae* 1738. Danz Grundsätze des gemein. ordent. bürgerlichen Processes §. 443.

zögerte Justiz bey dem Bischoff oder dem geistlichen Richter angebracht werden [24]). Allein dies findet heut zu Tage nicht mehr Statt [25]).

3) Wenn die Gerichtsbarkeit zwischen zwey Untergerichten streitig, und noch keins derselben rechtskräftig in dem Besitz der Gerichtsbarkeit geschützt, auch deshalb vom Obergerichte noch keine einstweilige Verfügung getroffen worden ist. Auch in diesem Falle ist die Gerichtsbarkeit des nächsten Oberrichters gegründet [26]).

B) Die privilegirten Gerichtsstände sind ebenfalls von verschiedener Art. Sie sind nämlich entweder in Rücksicht auf Rechtssachen, oder in Rücksicht auf Personen gegründet. Zu der erstern Classe der privilegirten Gerichtsstände gehören z. B. der Gerichtsstand der geistlichen Sachen, der Lehnssachen, der fiscalischen Sachen u. d. m. Zu der letztern aber 1) der Gerichtsstand der Geistlichen, 2) der Soldaten, 3) der academischen Personen, 4) der fürstlichen Diener und übrigen kanzleyäßigen Personen, 5) der Gesandten und 6) der mitleidswürdigen Personen. Von diesen in Rücksicht auf die Person befreyeten Gerichtsständen ist die Regel zu bemerken, daß sie an die Stelle des Gerichtsstandes des Wohnorts treten, es wer-

24) *Nov. LXXXVI. Cap. 13. X. de iudic. Cap. 8. et 13. X. de foro compet. Cap. 2. X. de alienat. iudic. mut. cauſ. Ian. a* COSTA Commentar. ad Decretal. pag. 264.

25) Concept der K. G. O. 2. Th. Tit. 1. §. 1. und Tit. 28. MALBLANC Conſpect. rei iudiciar. §. 170,

26) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 96.

werden daher durch den privilegirten Gerichtsstand einer Person die besondern Gerichtsstände, z. B. des Contracts, der liegenden Sache u. dgl. eben so wenig, als durch den Gerichtsstand des Wohnorts, aufgehoben. Der befreyete Gerichtsstand, den Jemand wegen seiner Person hat, macht also zwar eine Ausnahme vom generellen, nicht aber von dem speciellen Gerichtsstande. Denn auch der Geistliche, der fürstliche Diener muß den besondern Gerichtsstand des Contracts, der gelegenen Sache, des Verbrechens u. dgl. anerkennen [27]). Nur in Ansehung der Gesandten leidet diese Regel eine Ausnahme. Diese sind wegen ihres vorstellenden Characters von aller Gerichtsbarkeit desjenigen Staats frey, in welchem sie als Gesandten angenommen sind, insofern sie nicht entweder schon vor ihrer Sendung Unterthanen desselben gewesen, oder sich der Gerichtsbarkeit desselben in einzelnen Fällen unterworfen haben. Sonst erkennen sie für ihre Person, und über ihre Güter keinen andern Richter, als ihren Principal, von welchem sie gesendet worden sind [28]). Ein Gesandter kann daher an dem Orte,

27) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XIII. in fin. pag. 272. LEYSER Specim. LXXIII. medit. 5. et 6. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 65. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 75. Danz Grundsätze des gemein. ordentl. bürgerlichen Processes §. 34.

28) Man vergleiche *Corn. van* BYNCKERSHOEK Tract. de foro legatorum. *Lugd. Batavor.* 1721. 8. besonders Christ. Heinr. von Römer Versuch einer Einleitung in die rechtl. Grundsätze über die Gesandschaften, und die ihnen zukommenden Rechte. (Gotha 1788.) Abschn. XIII. S. 313. ff. und Joh. Christ. Siebenkees Beyträge zum teutschen Recht V. Th. S. 159. ff. In Ansehung der Reichsständischen Ge-

Orte, wo er accredirt ist, nicht belangt werden, außer in sofern er sich daselbst freywillig einlassen will [29]). Sonst begründet auch ein daselbst geschlossener Contract nicht schlechterdings einen Gerichtsstand, sondern es kommt immer darauf an, ob bey Schließung des Vertrags solche Thathandlungen vorkommen, welche es außer Zweifel setzen, daß der Gesandte sich in Absicht desselben seiner Gerichtsfreyheit habe wirklich begeben wollen [30]). Auch schon den Abgeordneten einer Provinz, oder Stadt an den Landesherrn, verstattet das römische Recht, wenn sie an dem Orte ihrer Sendung belangt werden, das ius revocandi domum suam, insofern sie nämlich aus einem vor ihrer Absendung geschlossenen Contract belangt werden [31]). Nur dann fällt

nach

sandten ist vorzüglich die Stelle in der Kaiserl. Wahlcapitulation Art. XXV. §. 7. merkwürdig. Die am Preußischen Hofe accreditirten Gesandten auswärtiger Mächte sind auch von hiesiger Gerichtsbarkeit befreyet. Wenn sie jedoch in preußischen Ländern Immobilien acquiriren, so wird dadurch in Realklagen ein dinglicher Gerichtsstand begründet. S. allgem. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 2. Tit. §. 62—66.

29) Wird ein fremder Gesandte in Wien belangt, und er will sich daselbst einlassen, so ist bey dem kaiserlichen Hofmarschall das Forum desselben. S. Carl von Adlersburg Versuch über den kaiserlichen Hofmarschall und dessen Verhältniß zum kaiserl. Reichshofrath. Wien 1795. 8. §. 50. S. 72. In Berlin gehört die Sache für das Departement der auswärtigen Angelegenheiten. Diesem muß wenigstens der Vorfall jederzeit angezeigt werden. S. Allgem. Preuß. Gerichtsordnung. 1. Th. 2. Tit. §. 63. f.

30) S. Römers angef. Versuch über Gesandtschaften. Abschn. XIII. §. 20. S. 330.

31) *L. 2. §. 3. 4. et 5. D. h. t.*

nach dem röm. Rechte jenes Privilegium weg, wenn ihre Gesandschaft geendiget ist, und sie sich noch an dem Orte ihrer Sendung aufhalten [32]), oder dieselben an diesem Orte während ihrer Gesandschaft dergestalt contrahirt haben, daß sie auch daselbst Zahlung leisten wollen [33]).

Uebrigens haben Befreyungen von dem ordentlichen Gerichtsstande nur Wirkung in dem Lande, in welchem sie gesetzlich sind, und hier ist in Collisionsfällen die Befreyung in Ansehung der Sache immer stärker, als die, welche der Person ertheilt ist [34]).

§. 510. b.

Von dem Gerichtsstande, den man *ex persona alterius* haben kann.

II) Einen Gerichtsstand kann Jemand nun auch wegen der Person eines Andern bekommen. Dahin gehören

32) *L. 2. §. 4. in fin. D. h. t.*

33) *L. 3. D. de legationib.* Wo Afrikan sagt: Cum quaeritur, an in eum, qui in legatione sit, actio dari debeat: non tam interest, ubi quis aut crediderit, aut dari stipulatus sit, quam illud, *an id actum sit, ut legationis tempore solvetur.* Auf diese Art lassen sich die *L. 8. D. h. t.* und *L. 5. §. 1. D. de constit. pecun.* ohne Widerspruch erklären, wie VOET in Comm. ad Pand. Lib. XIII. Tit. 5. §. 13. und BRANCHU Observation. ad ius Rom. Decad. I. Cap. 9. gezeigt haben, und man hat nicht nöthig, mit Cujaz in Commentar. ad L. 2. §. 3. D. h. t. eine Aenderung in den Worten der L. 5. cit. durch Beyfügung einer Negation vorzunehmen.

34) *Cap. 6. et 7. X. de foro compet.* Schmidt pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 73. am Ende, und Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 597.

1) Ehefrauen, welche durch die Ehe den Gerichtsstand ihrer Männer erhalten [35]), vorausgesetzt, daß die Ehe auf eine gesetzmäsige Art ist eingegangen worden [36]). Diesen Gerichtsstand behalten sie auch als Wittwen, so lange sie sich nicht wieder verheyrathen [37]), oder sonst ihren Wohnsitz verändern [38]).

2) Das Hausgesinde. Dieses hat während seines Dienstes, der Regel nach, den Gerichtsstand seiner Herrschaft

35) *L. 65. D. h. t. L. ult. §. 3. D. ad municipal. L. 19. D. de iurisdict. L. ult. Cod. de incol.* Eine Braut verändert vor vollzogener Ehe ihren Gerichtsstand nicht. *L. 32. D. ad municipal.*

36) *L. 37. §. ult. D. ad municipal.* junct. *§. 12. I. de nupt.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 44.

37) *L. 22. §. 1. D. ad municip.* Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet, exemplo clarissimae personae per maritum factae, sed utrumque aliis intervenientibus nuptiis permutatur. *L. ult. C. de incolis. Franc. de* AMAYA Commentar. in tres poster. libros Cod. Iustin. Tom. I. pag. 507. nr. 24. et 25.

38) VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 95. Wenn jedoch die Wittwe wegen des Standes und der Würde ihres verstorbenen Ehemanns einen befreyeten Gerichtsstand hat, so behält sie denselben, wenn sie auch ihren Wohnsitz verändert. Denn die Würde und den Stand des Mannes verliert die Wittwe nur durch den Uebergang zu einer neuen ehelichen Verbindung, nicht durch die Veränderung ihres Wohnorts. *L. 13. C. de dignitat.* S. *Christph. Lud.* CRELL Observationes de foro viduarum ad L. 22. §. 1. D. ad municipal. *Vitembergae* 1754. §. 3. et §. 6. Dabelow Grundsätze des allgemeinen Eherechts der teutschen Christen. §. 297.

schaft[39]). Der Grund hiervon ist nicht, wie einige[40]) wollen, darin zu setzen, weil das Gesinde da, wo es dient, gleichsam seinen Herd und Wohnsitz habe. Denn dieß setzt durchaus eigene Oekonomie voraus. Sondern Dienstboten werden zu den Mitgliedern der häuslichen Gesellschaft, so gut, wie Frau und Kinder des Hausvaters, gerechnet, und sind der häuslichen Gewalt ihrer Dienstherrschaft unterworfen[41]). Deswegen haben sie der Regel nach auch einen und den nämlichen Richter mit ihrer Herrschaft[42]). Dies hat nun zwar nicht den mindesten Zweifel, wenn von dem gemeinen Gerichtsstande des Wohnorts die Rede ist, und es bedurfte in der That des umständlichen Beweises nicht, den Voet[43]) über diese allgemein bekannte Wahrheit ge-

39) S. Joh. Lor. Dorn Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts. 2. Buch §. 207. ff. S. 514. ff.

40) *Io. Gottl.* FUNCKLER Diss. de familiae conductitiae foro competente, praes. *Car. Gottl.* KNORRE def. *Halae* 1748. §. 12.

41) Auch in dem röm. Rechte werden Dienstboten, die bey ihrem Dienstherrn wohnen, zu den Domesticis gerechnet, welche zu dem Hause eines Hausvaters gehörten. *L. 11. §. 1. D. de poenis.* Ja sogar Freygelassene werden, wegen der Verbindung, in welcher sie mit dem Patron standen, zu den Hausleuten desselben gerechnet. *L. 11. cit. L. 89. D. de furt.* S, GÜNTHER Comment. de furto domestico. Cap. I. §. 1. et 4. Nun aber sagt Ulpian *L. 6. §. 3. D. ad municipalem*: Libertini patronorum domicilium sequuntur. MALBLANC Conspectus rei iudiciar. §. 159. nr. 4. pag. 291.

42) Dies ist auch Regel in den Preußischen Staaten. S. allgemeine Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 2. Tit. §. 13.

43) Commentar. h. t. §. 96.

führt hat. Allein ob das Gesinde auch an dem privilegirten Gerichtsstande seiner Dienstherrschaft Antheil nehme, ist eine Frage, worüber desto mehr gestritten wird. Mehrere Rechtsgelehrte[44]) läugnen dieses aus dem Grunde, weil persönliche Privilegien auf keine andern Personen erstreckt werden dürfen, als denen sie ertheilet sind. Wo also das Gesinde nicht namentlich in dem Privilegium, welches ihrer Herrschaft zusteht, mitbegriffen worden ist, da habe es nur den gemeinen ordentlichen Gerichtsstand. Ich glaube, daß ein Unterschied zu machen sey, ob der befreyete Gerichtsstand einer ganzen Classe von Personen ertheilt ist, oder ob es nur einer einzelnen Person wegen ihrer subjectiven Eigenschaft zukommt, z. B. einer mitleidswürdigen Person. Im letztern Falle kann freylich Niemand auf das Privilegium Anspruch machen, als welcher diejenige Eigenschaft hat, die diese Befreyung in Ansehung des Forums voraussetzt. In dem erstern Falle hingegen läßt sich aus dem oben angeführten allgemeinen Grunde als Regel allerdings behaupten, daß auch das Gesinde dem privilegirten Gerichtsstande der Herrschaft unterworfen sey[45]). Diese Meinung

44) HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. VI. Obs. 728. nr. 19. FUNCKLER cit. Diss. §. 14. sqq. Dorn angef. Versuch §. 209. Soviel insonderheit das Gesinde der Geistlichen betrift, so sprechen ihm das privilegium fori ab. *I. H.* BOEHMER Iur. Eccles. Protest. L. II. Tit. II. §. 43. TITIUS in iure privato Lib. IX. cap. 3. §. 9. *Ios. Ant. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 535. Ludovici im Consistorial Proceß Kap. V. §. 4. Claproth im ordentlichen bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 22. S. 66. und unser Verfasser selbst §. 523.

45) MEVIUS P. II. Decis. 173. HERTIUS in Diss. de transitione privilegii personalis ad alios. §. 21. (*Commentat.* et *Opuscu-*

lor.

nung hat einmal die Rechtsanalogie für sich. Denn so wird in der bekannten Avth. *Habita* Cod. ne filius pro patre das Privilegium der Academiker ausdrücklich auch auf deren Bediente (nuncios) mit erstreckt[46]). Eben so soll nach der Verordnung des K. Constantins L. 2. §. 4. C. de Episcop. et Cleric. die Befreyung der Geistlichen von öffentlichen Lasten auch deren Dienstleuten (ministeriis eorum, sive mares sint, sive feminae) zu statten kommen. Nun konnte zwar freylich hier noch von keiner Immunität des Gerichtsstandes die Frage seyn, weil die Geistlichkeit vor Justinian noch keinen befreyeten Gerichtsstand hatte[47]). Allein man sieht doch wenigstens

lor. Vol. I. Tom. III. p. 37.) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. Lib. I. Tit. 4. §. 30. und Estor gründl. Unterricht von geschickter Abfassung der Urteile und Bescheide §. 60. S. 17. Diese Regel nimmt auch die Allgem. Gerichtsordn. für die Preußischen Staaten I. Th. 2. Tit. §. 100. an.

46) VOET c. l. STEPHANI Tt. de iurisdictione Lib. III. P. II. cap. 6. *Henr.* BALEMANN Dist. de iurisdictione academica. (*Giessae* 1755.) §. 25.

47) THOMASSINI vet. et nova Ecclesiae disciplina P. II. Lib. II. cap. 58. Maier von der evangelischen Geistlichkeit Gerichtsstande in zeitlichen Sachen. (Tübingen 1781. 8.) §. 21. Zwar will *Ant. Dadin.* ALTESERRA in Vindiciis iurisdiction. ecclesiasticae. (*Paris.* 1710. 4.) Lib. I. cap. 7. et 8. behaupten, daß schon Constantin der Grosse die Geistlichkeit von der Jurisdiction der weltlichen Gerichte befreyet, und dem geistlichen Gerichte des Bischoffs unterworfen habe. Allein die Stelle aus SOZOMENI *Histor. eccles.* Lib. I. cap. 9. worauf er sich beruft, sagt nur, daß der Kr. Constantin durch die den Geistlichen ertheilte Immunität, (unstreitig meint er die-

hieraus, daß die Erstreckung des befreyten Gerichtsstandes auf das Gesinde der Geistlichkeit nicht gegen den Geist des Gesetzes streitet. Nicht minder ist das Hausgesinde der zum Reichshofrathe und dem Reichskammergerichte gehörigen Personen, so gut als dessen Herrschaft, von allem andern Gerichtszwange befreyt, und daher sowohl in bürgerlichen als peinlichen Sachen eben demjenigen höchsten Reichsgerichte unterworfen, unter welchem dessen Herrschaft steht [48]). Zweytens unterstützt auch der Gerichtsgebrauch diese Meinung. Denn soviel das Gesinde der academischen Personen anbetrift, so steht solches auf den mehresten Academien, als in Halle, Göttingen, Erlangen,

Alt-

diejenige, von welcher in der oben angef. *L.* 2. *C. de Episc. et cler.* die Rede ist,) den stärksten Beweiß seiner Achtung gegen die Religion gegeben habe. Nun fügt zwar Sozomenus noch hinzu, daß dieser Kaiser auch einem Jeden erlaubt habe, sich mit Uebergehung des ordentlichen Richters an den Bischoff zu wenden, und sich von diesem Recht sprechen zu lassen. Allein hierdurch hat die Geistlichkeit noch keine Befreyung von dem weltlichen Gerichtsstande erhalten, sondern es ist dies von einem bloßen Compromiß der Partheyen zu verstehen, *Corn. Wilh. de* RHOER in Dissertation. de effectu religionis Christianae in iurisprud. Rom. Fascic. I. (*Groeningae* 1776. 8.) Dissert. III. §. 7. und *Henr. Mich.* HEBENSTREIT in Historia iurisdictionis ecclesiasticae ex Legibus utriusque Codicis illustrata. (*Lipsiae* 1776.) Dissert. II. §. 15. sq. gezeigt haben.

48) Reichshofrathsordnung Tit. 1. §. 8. Wahlcapit. Art XXV. §. 7. R. Kammergerichtsordnung Th. I. Tit. 63. J. Reichsabsch. §. 141. Malblanc Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provincialgerichtsverfassung und Praxis I. Th. V. Kap. §. 147. ff.

Altdorf, Tübingen u. s. w. unter dem academischen Gericht; und es sind mir nur wenige Academien bekannt, wo selbiges, wie in Leipzig und Frankfurt an der Oder, unter dem Stadtmagistrat steht [49]). Das nämliche ist von dem Gesinde der Geistlichen zu behaupten, welches wenigstens nach dem Gerichtsgebrauche der Protestanten in den meisten Ländern den befreyeten Gerichtsstand seiner Herrschaft genießt [50]). Da das Tridentinische Concilium Sess. 23. de Reformat. cap. 6. nicht einmal den Tonsuratis und Clericis minorum ordinum, wenn sie keine Pfründe zu genießen haben, den befreyeten Gerichsstand der Geistlichkeit mehr gestattet wissen will, so darf man sich freylich nicht wundern,

49) VOET h. t. §. 109. STEPHANI de iurisdictione Lib. III. P. II. Cap. 6. 12. *Lud. Conr.* SMALCALDER Diss. de iurisdictione academica privilegiaria (*Tübingae* 1734.) §. 24.) MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 128. pag. 244. Meister Ausführl. Abhandlung des peinlichen Processes in Teutschland 5. Th. Kap. XIII. §. 52. nr. 1. Quistorps Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 2. Th. §. 584.

50) Collectio nov. Consil. Tubingens. Tom. IX. Consil. 80. L. B. a. WERNHER sel. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 12. a PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 166. BRUNNEMANN Iur. Eccles. Lib. III. cap. I. §. 12. SCHILTER Institut. iur. canon. Lib. I. Tit. XVIII. §. 8. *Christph. Lud.* CRELL Specim. iur. eccles. de rusticorum dotalium immunitatae a iurisdictione et oneribus secularibus. (*Vitembergae* 1755.) §. 24. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 243. HOFACKER Princip iur. civ. T. III. §. 4246. pag. 682. Wiese Grundsätze des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts §. 423. Kees Handbuch des protestantischen Kirchenrechts §. 30. Danz Grds. des ordentl. bürgerl. Processes §. 35. S. 92. u. a.

wenn die katholischen Canonisten dem Gesinde der Geistlichen das privilegium fori absprechen[51]). Es ist indessen merkwürdig, daß bey mehreren teutschen Stiftern, z. B. Regensburg, Augsburg u. s. w. das Gesinde der geistlichen Personen von der Gerichtsbarkeit des Stadtmagistrats befreyet ist[52]).. Daß auch das Gesinde der Offiziere in der Regel unter den Militairgerichten stehet, ist bekannt[53]).

Es giebt indessen Fälle, wo das Gesinde den Gerichtsstand seiner Herrschaft nicht hat. Es kann nämlich zuweilen einen eigenen privilegirten Gerichtsstand haben, wie dies bey dem Hofgesinde der Fall ist, wovon §. 526. Zuweilen steht es unter der Gerichtsbarkeit seiner eigenen Herrschaft, wenn diese eine Patrimonialgerichtsbarkeit hat[54]).

An

51) S. GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad cap.. IO. X. de offic. Archidiaconi n. 3. (Tom. I. pag. 621.) HEDDERICH Element. iuris canon. P. II. §. 139. not. a. Man sehe indessen ENGEL Colleg. univ. iur. canon. Lib. II. Tit. II. §. 5. nr. 44.

52) Siebenkees Beyträge zum teutschen Recht 6. Th. Nr. IV. §. 35. S. 161. ff.

53) Knorre Anleitung zum Kriegsproceß 2. Hauptst. §. 1. 2. und §. 12. Gnügen Kriegsrecht 3. B. 3. Kap. §. 725. Müllers Kriegsrecht. 2. Band 3. Th. 2. Kap. §. 2. Bem. I. Carl Christoph Starke Lehrbuch des allgemeinen Kriegsrechts mit besonderer Hinsicht auf das Kursächsische 2 Band (Leipzig 1799.) S. 30. Nr. 6. Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts 2. Th. §. 585. S. 88.

54) FUNCKLER Diss. de familiae conductitiae foro competente. §. 23. et 24. Irrig ist es jedoch, wenn einige auch den Gesandten eine Gerichtsbarkeit über das in ihrem Dienste stehende Gefolge zuschreiben. Man sehe von Römer Grundsätze des Gesandschaftsrechts. XVII. Absch. §. 7. ff. u. §. 21. ff.

An manchen Orten ist dem Gesinde ein eigener Gerichtsstand angewiesen, welcher das Gesindeamt, oder die Stadtvogtey genennt wird. Hier kommt der Gerichtsstand der Herrschaft in keine weitere Betrachtung[55]). Endlich

3) muß auch in manchen Fällen der Erbe den Gerichtsstand seines Erblaßers anerkennen[56]). Um dieses genauer zu bestimmen, muß ein Unterschied gemacht werden, ob man den Erben, als Erben, belangen, oder ob man die ohne Rücksicht auf diese Qualität, blos als Besitzer, in Anspruch nehmen will. In dem letzten Falle kommt der Gerichtsstand des Verstorbenen, als solcher, das heißt, wenn nicht der Erbe schon an sich den nämlichen Gerichtsstand mit dem Verstorbenen hat, in keine Betrachtung; sondern die Klage muß hier in dem Gericht angestellt werden, dem der Erbe entweder wegen seines Wohnorts unterworfen ist, oder welches derselbe wegen der Lage der in Anspruch genommenen Sache anerkennen muß[57]).

Wenn man hingegen wider den Erben, als solchen, klagen will, so kommt es darauf an, ob die Klage schon gegen den Verstorbenen gegründet gewesen, oder nicht, sondern jetzt erst durch die Antretung der Erbschaft wider den Erben entstanden ist. Ist das letztere, z. B. es wird gegen den Erben die Inofficiositätsklage, oder die Erbtheilungs-

55) Dorns Gesinderecht §. 211.

56) *Io. Christph.* KOCH Diss. de foro heredis. *Giessae* 1771. und *Henr. El. Gottl.* SCHWABE Tract. de foro heredum competente. *Giessae et Lipsiae.* 1784. 8.

57) *L.* 42. *L.* 51. *L.* 52. *D. de Rei vindicat.* BOEHMER de Actionibus Sect. II. Cap. II. §. 8. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4254.

lungsklage, oder das Interdictum quorum bonorum angestellt, oder wegen eines Vermächtnisses, oder Fideicommisses gegen ihn geklagt, so muß der Erbe in seinem eigenen Forum belangt werden, also wo er seinen Wohnsitz hat, oder wo die geklagte Sache gelegen ist [58]).

War hingegen die Klage schon gegen den Verstorbenen gegründet, so hatte ich selbige entweder schon bey Lebzeiten des Verstorbenen wider denselben angestellt, oder nicht. In dem ersten Falle, da die Klage schon in dem Forum des Verstorbenen rechtshängig geworden ist, muß der Erbe, ohne alle Rücksicht auf das ihm zustehende eigene Forum, den Gerichtsstand des Verstorbenen anerkennen, und den Proceß daselbst in dem Zustande fortsetzen, worin solcher zur Zeit der angetretenen Erbschaft sich befindet. Dies bringt nicht nur die Natur der Litispendenz mit sich [59]), sondern eben dieses bestärkt auch ein ganz deutliches Gesetz. Si is, heißt es *L.* 34. *D. h. t.* qui Romae iudicium accepe-rat, decessit, heres eius, quamvis domicilium trans mare habeat, Romae tamen defendi debet: quia succedit in eius locum, a quo heres relictus est.

Wenn hingegen die Klage wider den Verstorbenen noch nicht angestellet, und daher die Sache in dem Gerichts.

58) *L. un. Cod. ubi de heredit. agit. L. 29. §. 4. D. de inoff. testam. L. 1. C. ubi fideicomm. peti oport. L. 38. L. 50. D. de iudic. L. 47. pr. et §. 1. D. de legat. I. Christ. Frid. Ge.* MEISTER Disquisit. ubi de hereditate agatur. Goettingae 1776. Ein mehreres §. 519.

59) *L. 30. D. h. t. Cap. 19. X. de foro compet. Clem. 2. ut lite pend. nihil innovet.*

richtsstande desselben noch nicht anhängig gemacht worden, so ist wieder zwischen dem generellen und dem speciellen Gerichtsstande des Verstorbenen ein Unterschied zu machen. Ist von dem besondern Gerichtsstande des Contracts, oder der geführten Administration die Rede, welchen der Verstorbene zu agnosciren verbunden gewesen, so ist es außer Zweifel, daß der Erbe in diesem Forum eben so belangt werden könne, als der Verstorbene daselbst belangt werden konnte, nämlich wenn er daselbst gegenwärtig ist, oder Güter allda besitzt, und kann sich in diesem Falle auf seinen eigenen, wenn gleich befreyeten, Gerichtsstand nicht berufen. Denn da der specielle Gerichtsstand nicht der Willkühr des Verstorbenen unterworfen war, sondern von dem Gesetz selbst unmittelbar bestimmt wird, so kann das Recht, welches der Gläubiger des Verstorbenen einmal wegen dieses Gerichtsstandes erworben hat, demselben auch durch den Erben nicht genommen werden. Hierzu kommt noch die deutliche Vorschrift der Gesetze. Ulpian sagt *L.* 19. *D. h. t.* Heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, et conveniendus, si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur. Daß hier nicht von dem Gerichtsstande des Wohnorts, sondern des Contracts die Rede sey, erhellet theils aus den nachher §. 1. 2. et 3. dieser L. 19. hinzugefügten Beyspielen, theils aber auch vorzüglich daraus, weil man in dem Gerichtsstande des Wohnorts belangt werden kann, wenn man auch nicht gegenwärtig ist. Da nun aber Ulpian ausdrücklich sagt: daß der Erbe in dem Forum des Verstorbenen nur dann belangt werden könne, si ibi inveniatur, so giebt er dadurch deutlich zu verstehen, daß er blos von dem Gerichtsstande des Contracts

rede [60]). Denn dieser bleibt unveränderlich, wenn auch der Schuldner seinen Wohnsitz ändert [61]).

Ist hingegen von dem generellen Gerichtsstande des Verstorbenen, nämlich dem foro domicilii, oder privilegiato desselben, die Rede, so ist es nun zwar sehr streitig, ob auch dieses auf den Erben übergehe, wenn die Klage wider den Verstorbenen bey dessen Leben noch nicht angestellet worden ist [62]). Ich trage indessen kein Bedenken, denen beyzutreten, welche es läugnen, daß der Erbe diesem Gerichtsstande des Verstorbenen unterworfen sey, und werde hiervon §. 515 ausführlicher handeln. Leichter kann man sich darüber vereinigen, wenn der Verstorbene einen privilegirten Gerichtsstand hatte. Denn hier stimmen die meisten Rechtsgelehrten mit einander überein, daß ein solcher Gerichtsstand nicht auf den Erben übergehe, selbst diejenigen, die in Absicht auf das forum domicilii des

60) Man sehe hier vorzüglich KOCH cit. Diss. §. 20. wo man eine vortrefliche Erläuterung der *L. 19. D. h. t.* finden wird.

61) *L. 2. Cod. de iurisdict.* wo es heißt: Ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet. Das hier von dem Falle die Rede sey, da Jemand an dem Orte seines vorigen Wohnsitzes contrahirt hatte, zeigt DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 12. pag. 979. aus unläugbaren Gründen. Ihm stimmt auch WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. Disput. XVI. §. 23. bey.

62) Die verschiedenen Meinungen findet man bey KOCH cit. Diss. §. 12—17. WALCH Introduct. in controvers. iur. civ. Sect. IV. Cap. II. §. 5. pag. 753. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4254. not. b. pag. 687. sq.

des Verstorbenen anderer Meinung sind [63]). Zwar nimmt man den Beweis gewöhnlich von der Natur persönlicher Privilegien her, und bezieht sich auf den bekannten Ausspruch des Modestins: Privilegia, quae personae sunt, ad heredem non transeunt [64]). Allein man kann auch sagen, der privilegirte Gerichtsstand trete an die Stelle des Gerichtsstandes des Wohnorts, und also muß von dem einen eben das gelten, was bey dem andern Rechtens ist [65]).

§. 511.

I) Von den Gerichtsständen des gemeinen Rechts. A) Generelle. 1) Forum originis.

Unter den generellen Gerichtsständen, die in dem gemeinen Rechte gegründet sind, verdient 1) das *Forum originis* unsere Aufmerksamkeit. Dieser Gerichtsstand wird durch den Ort begründet, welcher für das Vaterland eines Menschen gehalten wird [66]). Nach dem römischen Rechte ist das forum originis entweder *commune* oder *proprium*. Ersteres war derjenige Gerichtsstand, welchen alle freygebohrne Unterthanen des röm. Reichs, sie mochten wohnen, wo sie wollten, zu Rom hatten, wenn sie daselbst angetroffen wurden, und kein ius revocandi domum hatten [67]). Denn nach

63) Man vergleiche z. B. *Petr.* BARBOSA Commentar. ad interpretationem tit. Dig. de iudiciis. n. 216. und HOFACKER c. l. §. 4254. Letzterer sagt: Heres in foro defuncti generali et speciali, *neque tamen privilegiato*, recte convenietur, si ibi inveniatur, idque ita, ut nullo suo proprio privilegio excusetur.

64) *L. 196. D. de Reg. iur.*

65) KOCH cit. Diss. §. 21.

66) VOET h. t. §. 91.

67) *L. 2. §. 3. 4. et 5. D. h. t. L. 28. §. 4. D. Ex quib. caus. maior.* Mein Commentar 3. Th. §. 204. S. 188.

nachdem der K. Antoninus Caracalla allen freygebohrnen Unterthanen des römischen Reichs das Bürgerrecht ertheilet hatte, so wurde die Stadt Rom nun als die communis omnium patria angesehen [68]), wo jeder Bürger, er mochte in Rom oder in einer Provinz des römischen Reichs seinen Wohnsitz haben, belangt werden konnte, wenn er gerade daselbst anwesend, und nicht besonders befreyet war [69]). Das *forum originis proprium* oder *speciale* hingegen hatte ein jeder da, wo sein Vater zur Zeit seiner Geburt Bürger war, wenn er auch nicht eben daselbst, sondern an einem andern Orte war gebohren worden [70]). Auf das zeitige Domicilium des Vaters kam es nicht an, sondern auf das Vaterland desselben, wie Ulpian ausdrücklich sagt: Filius civitatem, ex qua pater eius naturalem originem ducit, non domicilium sequitur [71]). Auch wurde auf den Geburts-

68) *L. 6. §. 11. D. de Excusat. tutor. L. 33. D. ad Municipal. L. 19. D. de Interdict. et Relegat. L. 7. §. 15. D. eodem. L. 9. D. de vacat. et excusat. muner.* Man sehe hier vorzüglich *Ezech.* SPANHEMII Orbis Roman. Exercit. II. Cap. 6. pag. 160. Das nämliche galt in der Folge von Constantinopel, nachdem die Residenz der christlichen Kaiser dahin verlegt, und diesem neuen Rom, wie es in der *L. fin. Cod. in quib. caus. pignus.* und *L. 5. C. de oper. publ.* genennt wird, alle Rechte und Prärogativen des alten Roms waren mitgetheilt worden. *L. un. Cod. de privileg. urb. Constantinopolit.* S. *Franc.* AMAYA Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. Lib. X. Tit. XXXIX. nr. 85. pag. 495.

69) *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 153. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4221.

70) AMAYA c. l. nr. 5. pag. 484. und *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iur. pag. 353.

71) *L. 6. §. 1. D. ad Municipalem.*

burtsort der Mutter keine Rücksicht genommen, wenn Jemand auch an eben demselben Orte war geboren worden[72]), ausser wenn entweder die materna origo besonders privilegirt war, oder jemand keinen rechtmäßigen Vater hatte. Daher sagt **Ulpian**[73]): Qui ex duobus campanis parentibus natus est, Campanus est. Sed si ex patre Campano, matre Puteolana, aeque municeps Campanus est: *nisi forte privilegio aliquo materna origo censeatur*; tunc enim maternae originis erit municeps[74]). Utputa *Ilienſibus* concessum est, *ut qui matre Ilienſi est, sit eorum municeps.* Etiam *Delphis* hoc idem tributum et conservatum est. CELSUS etiam refert, *Ponticis* ex beneficio POMPEII MAGNI competere, *ut qui Pontica matre natus esset, Ponticus esset:* quod beneficium ad vulgo quaesitos solos pertinere quidam putant: quorum sententiam CELSUS non probat: neque enim debuisse caveri, ut *vulgo quaesitus* matris conditionem sequeretur: *quam enim aliam originem hic habet?* sed ad eos, qui ex diversarum civitatum parentibus orirentur. Daß derjenige, welcher keinen rechtmäßigen Vater hatte, sein forum originis von der Mutter erhielt, lehrt **Neratius**[75]):

Eius,

72) *L. 3. Cod. de municipibus.* Filios apud originem patris, non in materna civitate, etsi ibi nati sint, (si modo non domiciliis retineantur) ad honores seu munera posse compelli, explorati iuris est. Add. *L. 36. et 44. Cod. de Decur.*

73) *L. 1. §. 2. D. ad municipalem.*

74) Hierauf zielt ohne Zweifel ARISTOTELES *Politicor.* Lib. III. cap. 3. wenn er sagt: Est etiam Lex in quibusdam civitatibus, ut satis sit ex matre cive esse genitum.

75) *L. 9. D. ad Municipalem.*

Eius, qui iuſtum patrem non habet, prima origo a matre eoque die, quo ex ea editus eſt, numerari debet. Das nämliche hatte bey denen Statt, quos patris conditio nullius vindicaret iuri civitatis, wie Kr. Julian [76]) ſagt. Zuweilen konnte ein Römer auch ein doppeltes Vaterland haben, nämlich wenn er von einem cive alienae civitatis war adoptirt oder arrogirt worden [77]). Denn die Adoption hob das natürliche Vaterland nicht auf, ſondern gab dem Adoptirten noch ein zweytes, nämlich das des Adoptivvaters, wie die Kr. Diocletian und Maximian reſcribiren [8]): In adoptionem quidem alienae civitatis civi recte dato *additur*, non *mutatur patria*: ac propterea ius originis in honorum ac munerum obſequio per adoptionem non minui perſpicis. Ein Freygelaſſener folgte dem Vaterlande ſeines Patrons [79]); dem Domicilium deſſelben aber nur denn, wenn jenes unbekannt war [80]), und wenn er von mehreren war manumittirt worden, ſo bekam er das forum originis von allen dieſen Manumiſſoren [81]). Ueberall aber beſtimmte jedoch nur der Geburtsort des Vaters das forum originis des Sohns [82]). Auf die

76) *L.* 22. *Cod. de Decurionib.*

77) *L.* 15. §. 3. *L.* 17. §. 9. *D. ad Municip.* FINESTRES in Comment. in Hermogenianum pag. 353.

78) *L.* 7. *Cod. de Adoptionib.*

79) *L.* 17. §. 8. *D. ad Municipal.* *L.* 27. *pr. D. eodem.* *L.* 2. *C. de Municipibus.* FINESTRES cit. Commentar. pag. 360.

80) *L.* 6. §. 3. *L.* 22. *pr. D. ad Municip.* VOET Comment. ad Pand. Lib. L. Tit. I. §. 3.

81) *L.* 7. *D. ad Municipalem.*

82) AMAYA in Comment. ad Tit. Cod. de incolis nr. 21. ſqq.

die originem des Großvaters hingegen kam es in der Regel nicht an, ausgenommen, wenn der Enkel von einem Adoptivsohne in der Familie des Adoptivvaters, oder überhaupt während der Zeit, da sein Vater noch in väterlicher Gewalt war, erzeugt worden ist [83]). Sonst bestimmte der Geburtsort (origo propria) des Sohns, das forum originis des Enkels [84]).

Der besondere Gerichtsstand des Vaterlandes war nun bey den Römern unveränderlich, und dauerte fort, wenn Jemand auch schon an einem andern Orte seinen beständigen Wohnsitz aufgeschlagen hatte [85]). Ein Römer konnte

83) *L. 17. §. 9. D. ad Municipal.* AMAYA c. l. nr. 24.

84) Man sehe hier besonders *Chr.* THOMASII Tract. de Vagabundo s. eo, qui est sine domicilio. Cap. I. §. 52—59. und *Ant.* PEREZ Praelect. in Codicem Tit. de Municip. n. 4. sqq.

83) *L. 6. pr. D. eodem. L. 11. D. de Senator. L. 4. et 5. Cod. de Municipibus.* Diesen ist die *L. 190. D. de Verb. Signific.* nicht entgegen, wie *Fr. de* AMAYA in Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. pag. 485. glaubt. Denn wenn Ulpian daselbst sagt: *Provinciales* eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos, qui ex provincia oriundi sunt; so hat dies keine Beziehung auf den Gerichtsstand, wie CUIACIUS Lib. XXIV. Observation. cap. 33. behaupten will; den auch schon CONRADI in Parergis Lib. IV. Nr. II. §. 8. pag. 503. widerlegt hat; sondern Ulpian will hier nur den Begriff von Provinzialen geben, der zu seinen Zeiten, nachdem Antoninus Caracalla allen freygebornen Unterthanen des röm. Reichs das Bürgerrecht ertheilt hatte, nur noch practisch war, und sich auf den Unterschied bezog, der in Ansehung gewisser besonderer Rechte der röm. Bürger, zu denen nun auch die Provinzialen gehörten,

daher an dem Orte, der für sein ursprüngliches Vaterland gehalten wurde, noch immer mit Aemtern und andern gewöhnlichen Lasten, denen die übrigen Bürger dieses Orts unterworfen waren, beschwert[86]), und auch daselbst, wenn er nämlich gegenwärtig war, belangt werden[87]). Wenn

fer-

ten, von dem Wohnorte abhieng. In dieser Rücksicht konnten daher freylich nur diejenigen Burger PROVINCIALES genennt werden, welche in einer Provinz des röm. Reichs ihren Wohnsitz hatten, nicht aber diejenigen, welche zwar in einer Provinz waren geboren worden, aber nicht mehr daselbst, sondern in Italien, oder in Rom wohnten. Dieser Begriff war practisch bey Ehen, denn kein Staatsbeamter in einer Provinz durfte eine Provincialin heyrathen; ferner bey Vormundschaften, wenn sich ein Bürger mit der Zahl der Kinder entschuldigen wollte. Hier mußte der Provinzial mehr Kinder haben, als ein Bürger, der in Rom oder in Italien wohnte. Man sehe hier *Io. God.* BAUER Opuscula iurid. Tom. I. pag. 195.

86) *L. 1. 3. et 5. Cod. de Municipibus.*

87) *L. 29. D. ad Municipal.* HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 47. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Pandect. h. t. §. 86. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4222. Anderer Meinung ist zwar NOODT in Comm. ad Pandect, h. t. pag. 153. Dem auch *Frid. Wilh.* PESTEL in Disput. de domicilio originis. (*Rintelii* 1752) beystimmt. Dieser behauptet, daß zwar das domicilium originis in Absicht auf die munera publica personalia, aber nicht das forum originis perpetuirlich gewesen sey. Allein die Erklärung von der *L. 29. D. ad municipal.* daß sie von einem solchen Fall zu verstehen sey, wo derjenige, welcher an einem Orte incola ist, auch noch in loco originis sein domicilium habe und fortsetze, scheint mir sehr gezwungen zu seyn. Man sehe vielmehr THOMASII Diss. cit. Cap II. §. 100. Die *L. 190. D. de V. S.* hingegen beweißt für seine Meinung gar nichts.

ferner ein Verbrecher aus der Provinz verwiesen ward, wo er seinen Wohnsitz hatte, so erstreckte sich diese Relegation auch jederzeit mit auf die Provinz, in welcher er geboren war [88]); und bey Bestellung der Vormünder für Unmündige und Minderjährige war magistratus originis eben so wohl competent, als die Obrigkeit des Orts, wo die Güter derselben gelegen waren [89]). Nur das bürgerliche Vaterland, welches durch Adoption erworben wurde, erlosch durch Emancipation [90]). Nicht minder verlohr eine Ehefrau ihr forum originis proprium durch die Ehe, wodurch sie den Gerichtsstand des Mannes erhielt [91]).

Allein diese ganze Theorie des römischen Rechts vom foro originis findet heut zu Tage nicht mehr Statt. Sie läßt sich auf unsere teutsche Verfassung nicht füglich anwenden, weil diese hierin von der Römischen ganz abweicht [92]). Heut zu Tage haben wir daher weder ein forum originis commune, noch speciale im Sinne des römischen Rechts. Hierin sind alle teutsche Rechtslehrer [93]) mit

88) *L. 7. §. 10. 11. 13. et 16. D. de Interdict. et Relegat.* *Nic.* ANTONIUS de exilio, exulumque conditione et iuribus. Lib. I. cap. 13. (*in Thes. Meermannian.* T. III. pag. 37.)

89) *L. un. Cod. Ubi petant. tutor.*

90) *L. 16. D. ad Municipalem.* FINESTRES in Hermogenian. ad h. L. pag. 352. sqq.

91) *L. fin. §. 3. D. ad Municipalem.* *L. un. Cod. de mulieribus et in quo loco munera.* *L. fin. Cod. de incolis.* *L. 13. Cod. de dignitat.* AMAYA cit. Commentar. Tom. I. Tit. de Incolis nr. 26.

92) S. Joh. Jac. Moser von der teutschen Justizverfassung 1. Th. 1. B. 4. Kap. §. 6.

93) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIII. §. 24. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 43. THOMASIUS cit.

einander einverstanden. Einige ältere Rechtsgelehrte wollten zwar behaupten, daß die Residenzstadt des teutschen Kaisers h. z. T. die Stelle eines gemeinschaftlichen Roms vertrete, wo jeder Teutsche, wenn er daselbst angetroffen wird, belangt werden könne, oder daß wenigstens die Residenzstadt eines jeden teutschen Landesherrn für das forum originis commune aller seiner Unterthanen zu halten sey. Allein diese abgeschmackten Hypothesen hat schon längst Stryk [94]) nach Würden widerlegt. Das heutige forum originis eines Menschen ist der Gerichtsstand, unter welchem zur Zeit seiner Geburt desselben Vater seinen Wohnsitz hatte. Auf den Ort der Geburt kommt es nicht immer an, weil ein Kind auch zufälliger Weise auf der Reise oder Flucht kann geboren worden seyn [95]). Hier ist das forum originis doch bey dem Richter, welcher die ordentliche Gerichtsbarkeit über den Vater zu der Zeit hatte, da das Kind geboren wurde [96]). Bey unehelichen Kindern richtet sich das forum originis nach dem persönlichen Gerichtsstande der Mutter, welchen dieselbe zur Zeit der Geburt des Kindes anerkannte. Bey Findelkindern wird der Ort, wo sie gefunden und erzo-

cit. Diss. de Vagabundo Cap. I. §. 65. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4221. et 4222. und besonders Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 1. Th. Deduct. III. §. 11. S. 27. und 1. Bandes 4. Th. Resp. CLXIII.

94) Us. Mod. Pandect. h. t. §. 19.

95) LAUTERBACH Diss. de domicilio. §. 10. et 11.

96) Nach der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 2. Tit. §. 18. begründete der jedesmahlige Wohnsitz des Vaters den ordentlichen Gerichtsstand des noch unter seiner Gewalt befindlichen Kindes, ohne Rücksicht auf den Ort, wo dasselbe geboren worden.

erzogen worden, und bey den Kindern der Vagabunden der Ort, wo sie getauft worden sind, als ihr Geburtsort angesehen [97]). Dieses forum originis ist heutiges Tages nicht unveränderlich, sondern es bleibt nur so lange begründet, als einer noch keinen eigenen Wohnsitz genommen, oder keinen andern besondern Gerichtsstand hat [98]). Ist es jedoch zweifelhaft, ob Jemand durch Errichtung eines eigenen beständigen Wohnsitzes sein forum originis verändert habe, so wird desselben Fortdauer vermuthet, bis ein anderes erwiesen ist [99]). Es hört daher nicht auf, wenn Kinder entweder des Studierens halber, oder um ein Handwerk zu erlernen, oder aus andern Ursachen, sich nur auf eine Zeitlang anderwärts aufhalten [100]). Besonders aber nimmt man bey Vagabunden, welche nirgends einen festen Wohnsitz haben, auf deren forum originis Rücksicht [1]). Denn wenn gleich ein Vagabunde vor jedem Gericht belangt werden kann, wo er angetroffen wird [2]), so kann doch, wenn sein Aufenthalt unbekannt ist, die Klage wider ihn auch in foro originis angestellt, und von dem Richter dieses Orts eine Edictalcitation erlassen werden [3]). Man behauptet auch,

97) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 42. Danz Grds. des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 27.

98) LAUTERBACH h. t. §. 43. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4222. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 158.

99) VOET h. t. §. 92. in fin. MEVIUS P. V. Decis. 163. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 158. in fin. pag. 288.

100) MEVIUS P. III. Decis. 71. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXXV. med. 7. HOFACKER c. l. §. 4222.

1) STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 18.

2) *Leon.* BEELS Diss. de foro domicilii. *Lugd. Batavor.* 1785. Cap. II. §. 9.

3) BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. IV. Th. 1. Not. 6. Mein Commentar 3. Th. §. 223. Not. 72.

daß wenn ein Vagabunde verstirbt, sein Nachlaß nach den Gesetzen des fori originis beurtheilt werden müsse [4]). Allein andere widersprechen dieser Meinung aus dem Grunde, weil bey einem Vagabunden der Ort, wo er angetroffen wird, sein jedesmahliger Gerichtsstand ist. Nach den Gesetzen dieses Orts wird ihm daher auch succedirt [5]). Nur sein Immobiliar-Nachlaß wird nach den Gesetzen des Orts, wo solcher liegt, beurtheilt [6]).

§. 512.

2) Gerichtsstand des Wohnorts. Wie wird ein Domicilium constituirt?

Ein genereller Gerichtsstand wird nach dem gemeinen Rechte auch 2) durch den Wohnort des Beklagten begründet. *Forum domicilii.* Der Wohnort ist da, wo einer sich in der Absicht aufhält, um so lange daselbst zu bleiben, bis ihn besondere Ursachen bestimmen, seinen Aufenthalt zu verändern. Die Kr. Diocletian und Maximian [7]) sagen: In eo loco singulos habere *domicilium*, non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet: unde, cum profectus est, peregrinari videtur: quod si rediit, peregrinari iam desitit. Einen Wohnsitz schlägt man nun entweder an einem Orte nach seinem Gefallen und aus freyer Entschließung auf,

4) KOCH Successio ab intestato. §. 15.

5) Ludolfs systemat. Entwickelung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 193.

6) THOMASII Tract. de Vagabundo Cap. III. n. 20. pag. 73.

7) *L. 7. Cod. de Incolis.*

auf, oder man muß sich solchen aus gesetzlicher Nothwendigkeit gefallen lassen. In jenem Falle ist der Wohnsitz ein freywilliger, (*domicilium voluntarium*), in diesem aber ein nothwendiger, (*domicilium necessarium*).

I) Aus rechtlicher Nothwendigkeit kann Jemand ein Domicilium haben,

a) zur Strafe. Wenn ein Verbrechen an einen gewissen Ort hin verwiesen oder gebannet worden ist [8]). Bey den Römern war besonders seit den Zeiten des Ks. Augustus die relegatio in insulam nicht ungewöhnlich [9]). Eine solche Relegation unterschied sich von der Deportation vorzüglich darin, daß sie weder das Bürgerrecht, noch Domicilium des Verwiesenen aufhob [10]), sondern nur die Folge hatte, daß der Gebannete die ihm angewiesene Insel nicht verlassen durfte, sondern dort wohnen mußte, so lange die Zeit der Relegation dauerte [11]). Alle andere Rechte behielt der Relegirte unversehrt [12]).

8) *L.* 22. §. 3. *D. ad Municipalem.* Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim *necessarium domicilium* habet.

9) *L.* 7. *D. de interdict. et relegat.* Man denke hier an das Schicksal Ovids, das er in seinen Briefen *ex Ponto* schildert. S. *Nic.* ANTONIUS de Exilio s. de exilii poena antiqua et nova, exulumque conditione et iuribus Lib. I. cap. 15. et 16. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 43. sqq.) und Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 3. Th. §. 53. S. 101.

10) *L.* 27. §. 3. *D. ad Municipal.* Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci, *unde arcetur*, ut MARCELLUS scribit.

11) *L.* 7. §. 8. *D. de interdict. et relegat.*

12) *L.* 4. *et L.* 18. *D. eodem.* S. ANTONIUS de Exilio. Lib. II. und Kleinschrod am angef. Ort §. 52.

b) Wegen seines Dienstes oder seiner Amtswürde. So haben

1) Soldaten da, wo sie dienen, und in ihren Standquartieren, ein domicilium necessarium, wenn sie nicht etwa in ihrem Vaterlande Güter besitzen [13]). Denn sonst haben sie das domicilium originis. Ohne Güterbesitz hingegen giebt die Geburt allein noch kein Domicilium im Vaterlande, wenn man nicht auch daselbst wohnt. Besitzt ein Soldat nicht in seinem Vaterlande, sondern an einem dritten Orte Güter, wo er nicht wohnt, so hat er daselbst nicht sein Domicilium, sondern blos an dem Orte, wo er dient [14]).

2) Die Senatoren hatten bey den Römern in sacratissima urbe ihr *domicilium dignitatis* [15]).

3) Geistliche haben ihr Domicilium an dem Orte, wo sie ihr Kirchenamt zu verwalten angestellet sind [16]). Die Rechtsgelehrten nennen solches das *domicilium beneficii ecclesiastici* [17]). Geistliche müssen also bey ihrer Kirche, oder bey ihrem Stifte Residenz halten, wenn sie auch gleich an einem andern Orte Häuser und Güter besitzen. Jedoch sind

13) *L.* 23. §. 1. *D. ad Municipal.* Miles ibi domicilium habere videtur, *ubi meret*, si nihil in patria possidet.

14) Man vergleiche *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani ICti iuris Epitomar. libr. VI. ad L. 23. §. 1. D. ad municipal. §. 1. et 2. pag. 361. sqq.

15) *L.* 8. *Cod. de incolis. L.* 11. *D. de Senatorib.*

16) BEELS Diss. de foro domicilii. Sect. I. Cap. III. §. 5. in fin. not. a.

17) VULTEIUS ad L. 2. Cod. de iurisdict. nr. 15.

sind nur Prediger zur beständigen, Canonici aber gewöhnlich nur zu einer zeitigen Residenz verbunden, wofern nicht letztere eine gänzliche Befreyung von dieser Nothwendigkeit erhalten haben [18]).

c) Wegen der ehelichen Verbindung, welche, wie Justinian [19]) sagt, eine individuam vitae consuetudinem nothwendig macht, ist die Frau dem Wohnsitz ihres Mannes zu folgen schuldig [20]), wenn sie sich auch in dem Ehevertrage ein anderes vorbehalten, und wirklich eine von dem Manne separirte Wohnung hätte [21]). In den Gesetzen wird daher dieser Wohnsitz ein *domicilium matrimonii* genennt [22]). Die Wittwe behält es zwar auch noch nach dem Tode ihres Mannes, allein es hängt doch nun von ihrer Willkühr ab, diesen Wohnsitz zu verändern [23]).

d) We-

18) Schnaubert's Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten §. 358. und *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 553. et 554.

19) §. 1. *I. de patr. potest. L. 1. D. de ritu nuptiar.*

20) *L. 65. D. h. t. L. ult. §. 3. D. ad Municipal. L. fin. Cod. de incolis.*

21) Ein solcher Vertrag würde theils gegen die conditio matrimonii, wie Ulpian sagt *L. 65. in fin. D. h. t.* theils contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, wie sich eben dieser Jurist *L. 14. in fin. D. Soluto matrim.* ausdrückt, streiten, und kann daher wenigstens in Absicht auf das forum domicilii des Mannes, dem die Frau dennoch unterworffen bleibt, von keiner Wirkung sagen. S. HUBER h. t. §. 45. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 92.

22) *L. 5. D. de ritu nuptiar.*

23) *L. 22. §. 1. D. ad Municipal. L. ult. Cod. de incolis.* S. CRELL Diss. de foro viduarum §. 3.

d) Wegen des aus der väterlichen Gewalt entstehenden Verhältnisses müssen endlich auch Kinder, so lange sie bey dem Vater und in desselben Gewalt sind, seinem Wohnorte folgen. Ulpian [24]) sagt zwar: Filius civitatem, ex qua pater eius naturalem originem ducit, *non domicilium sequitur*. Allein daß Ulpian hier von dem foro originis rede, welches sich freylich nicht nach dem jedesmaligen Wohnsitz des Vaters richtet, ist schon oben (S. 256.) bemerkt worden. Von diesem ist aber das Domicilium der Kinder zu unterscheiden, die noch in väterlicher Gewalt sind. Dies ist allerdings nach dem Domicilium des Vaters zu beurtheilen [25]). Sodann ist auch wohl Ulpian nur von dem Falle zu verstehen, wenn der Sohn mit Einwilligung des Vaters einen eigenen Wohnsitz aufgeschlagen hat [26]). Denn an einem andern Orte [27]) sagt eben dieser Jurist: Placet etiam, et filiosfamilias domicilium habere posse. Non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicumque ipse domicilium constituit. Hierher gehört auch, was Papinian [8]) sagt: Patris domicilium, filium, aliorum (d. i. wie Pothier [29]) bemerkt, *alterius municipii*) incolam, civilibus muneribus alienae civitatis non adstrin-

24) *L. 6. §. 1. D. ad Municipal.*

25) VOET Comment. h. t. §. 100. und *Io. Flor.* RIVINUS in Diss. de non praesumta domicilii mutatione. *Lipsiae* 1726. §. 7.

26) So verstehen auch PEREZ Praelect. in Cod. Lib. X. Tit. 39. nr. 9. und POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. III. Tit. ad Municipalem Nr. XXV. p. 594. den Ulpian.

27) *L. 3. et 4. D. ad Municipal.*

28) *L. 17. §. 11. D. eodem.*

29) Loc. cit. not. e.

adſtringit; cum in patris quoque perſona domicilii ratio temporaria ſit. Dahingegen kann

e) durch die letzte Willensverordnung eines Verſtorbenen Niemandem, dem auch unter dieſer Bedingung eine Erbſchaft oder Vermächtniß hinterlaſſen worden iſt, die Verbindlichkeit eines beſtändigen Wohnſitzes an einem beſtimmten Orte aufgelegt werden, indem vielmehr eine ſolche Bedingung, als eine das Recht der natürlichen Freyheit kränkende, für unverbindlich, und daher für nicht beygefügt zu halten iſt [30]).

II) Aus freyer Entſchließung wird ein Domicilium conſtituirt,

1) wenn man ſich an einem Orte mit ſeinem Vermögen niederläßt, und zwar dabey

2) die Abſicht hat, an dieſem Orte beſtändig zu bleiben, ſo lange nicht beſondere Urſachen uns beſtimmen, dieſen Aufenthalt zu verändern.

Die bloße Wohnung an einem Orte iſt ſo wenig, als der bloße Beſitz eines Hauſes zur Errichtung eines Domiciliums hinreichend, wenn nicht jene Abſicht, daß man an dem

30) *L. 71. §. 2. D. de condit. et demonſtrat.* Titio centum relicta ſunt ita, ut a monumento meo non recedat, vel *ut in illa civitate domicilium habeat:* poteſt dici, non eſſe locum cautioni, *per quam ius libertatis infringitur.* Nur ſeinem Freygelaſſenen konnte ein Römer eine ſolche Bedingung auflegen. *L. 18. §. ult. D. de aliment. et cibar. legat.* - *L. 52. D. de manumiſſ. teſtam.* S. *Gregorii* MAIANSII Diſſ. de his, quae ſub modo relinquuntur. §. 21. (in EIUS *Diſputat. iuris* Tom. II. pag. 133.)

dem Orte seinen beständigen Wohnsitz haben wolle, damit verbunden ist. Papinian[31]) sagt ausdrücklich: Sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit; und auf gleiche Art rescribiren die Kr. Diocletian und Maximian[32]): Cum neque originales, neque incolas vos esse memoratis; ob solam domus vel possessionis causam publici iuris auctoritas muneribus subiugari vos non sinet. Nur dann findet eine Ausnahme Statt, wenn in einem Lande der volle Landsassiat eingeführt ist. Hier kann der bloße Besitz liegender Güter ein Domicilium bewirken[33]). Es ist aber auch die bloße Absicht, seinen beständigen Wohnsitz an einem Orte nehmen zu wollen, für sich nicht hinreichend, wenn nicht das factum der Habitation noch hinzukommt. Daher sagt Paulus[34]): Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; und Pomponius[35]) erfordert zum Begriff eines incola schlechterdings, ut in loco quodam, quasi in aliqua sede, moretur. Es ist indessen gar wohl möglich, daß Jemand ein zweyfaches Domicilium hat. Dies ist der Fall, wenn Jemand an zwey verschiedenen Orten völlig eingerichtete Wirthschaften hat, und abwechselnd bald an dem einem, bald an dem andern sich aufhält, oder Gewerbe treibt. Labeo war zwar anderer Meinung, wie Paulus[36]) bemerkt hat. LABEO iudicat, sagt dieser Jurist,

31) *L. 17. §. 13. D. ad Municipal.*

32) *L. 4. Cod. de incolis.*

33) GEISLER Commentat. de Landsassiatu. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4224. not. f.

34) *L. 20. D. ad Municipal.*

35) *L. 239. §. 2. D. de Verb. Signific.*

36) *L. 5. D. ad Municipal.*

riſt, eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere. Er ſelbſt hält in eſſen die gegentheilige Meinung für richtiger. Für dieſe letztere Meinung ſtimmt auch Ulpian [37], wenn er ſagt: Viris prudentibus placuit, *duobus locis poſſe aliquem habere domicilium;* ſi utrobique ita ſe inſtruxit, ut non ideo minus apud alteros ſe collocaſſe videatur; und an einem andern Orte [38]) ſagt eben dieſer Rechtsgelehrte: CELSUS *libro primo Digeſtor.* tractat: Si quis inſtructus ſit duobus locis aequaliter, neque hic quam illic minus frequenter commoretur: ubi domicilium habeat, exiſtimatione animi eſſe accipiendum. Ego dubito, ſi utrobique deſtinato ſit animo, an poſſit quis duobus locis domicilium habere? et *verum eſt habere*, licet difficile eſt. In einem ſolchen Falle nun, da Jemand an zwey verſchiedenen Orten ein Domicilium hat, muß er die Gerichte beyder Orte als ſeinen perſönlichen Gerichtsſtand anerkennen, und es hängt lediglich von der Wahl des Klägers ab, wo ihn derſelbe belangen will [39]).

§. 513.

Ein domicilium voluntarium kann ſowohl ausdrücklich als ſtillſchweigend conſtituirt werden.

Die Abſicht, ſeinen beſtändigen Wohnſitz an einem Orte nehmen zu wollen, kann ſowohl ausdrücklich, als ſtill-

37) *L. 6. §. 2. D. eodem.*

38) *L. 27. §. 2. D. eodem.*

39) *Io.* ZANGER Tr. de Exceptionibus P. II. Cap. I. n. 95. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 45. MALBLANC Conſpect. rei iudic. §. 159. Anderer Meinung iſt jedoch VOET h. t. §. 92. Dieſer behauptet, daß der Beklagte da zu belangen ſey, wo er ſich zur Zeit der angeſtellten Klage mit ſeiner Familie aufhält.

stillschweigend, durch Handlungen, zu erkennen gegeben werden. Ersteres geschieht, wenn Jemand an dem Orte, wo er wohnt, sich unter die Zahl der Bürger hat aufnehmen lassen, und, gleich andern Unterthanen, den Huldigungseid geleistet hat [40]). Stillschweigend wird die Absicht, seinen beständigen Wohnsitz an einem Orte nehmen zu wollen, geäussert,

1) wenn Jemand sich an einem Orte niederläßt, und daselbst Handel und Gewerbe zu treiben anfängt, auch alles dasjenige thut, wozu andere Einwohner des Orts berechtiget oder verbunden sind [41]).

2) Wenn Jemand seine Sachen, die er an seinem bisherigen Wohnorte besessen hatte, verkauft, und sich mit Frau und Kindern an einen andern Ort hin begiebt, und daselbst eine neue Haushaltung einrichtet [42]).

3) Wenn

40) Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 25. S. 115.

41) *L. 27. §. 1. D. ad Municipalem.* Si quis negotia sua in municipio semper agit, in illo vendit, emit, contrahit, eo in foro, balineo, spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibusque denique municipii commodis fruitur, ibi habere videtur domicilium.

42) *L. 203. D. de verbor. signific.* Constitutum est, *eam domum* unicuique nostrum debere existimari, *ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset.* Es ist hier zu bemerken, daß das Wort domus hier für domicilium genommen wird. Man sehe *L. 5. §. 2. D. de iniur.* Sonst sind domus und domicilium ganz verschieden. S. POPMA de Different. verbor. pag. 218. (*edit.* 1741.) und CUJACIUS lib. XXIV. Obs. 33. Man kann ein eigenes Haus besitzen, ohne ein Domicilium an dem Orte zu haben. *L. 17. §. 13. D. ad municip. L. 4. C. de incol.* Man kann aber auch ein Domici-

3) Wenn Jemand den größten Theil seiner Güter an einen Ort hingebracht hat, und daselbst zu wohnen anfängt, ohne daß eine andere Ursache bekannt ist, weswegen er sich etwa nur eine Zeitlang aufhalten wolle[43]).

4) Wenn Jemand an einem gewissen Orte ein Amt übernimmt, welches seine beständige Gegenwart daselbst erfordert[44]).

Dahin.

micilium haben, ohne ein eigenes Haus zu besitzen. *L.* 5. §. 2. *D. de iniur. Sedes* heißen hier so viel als lares, und bezeichnen nicht eine jede Wohnung, sondern ein solches Haus, worin der Römer sein lararium d. i. seine Hauscapelle hatte, wo er seine Laren und Penaten, d. i. seine Hausgötter, verehrte. Den Ausdruck larem fovere, der *L.* 2. *C. ubi Senator. vel Clariff.* vorkommt, erklärt sehr gut ZANGER de Exceptionib. P. II. Cap. I. nr. 15. sqq. Man sehe auch Alex. Adam Handuch der römischen Alterthümer. 1. Th. S. 513. f. *Tabulae* heissen hier die Hausrechnungs- und Tagebücher, worin der römische Hausvater seine Einnahme und Ausgabe aufzuzeichnen pflegte. CICERO *Verrin.* II. c. 7. 74 76. et pro *Roscio Com.* c. 1. ERNESTI Clav. Ciceron. v. *Tabula.* Endlich *constitutionem rerum suarum facere* heißt hier soviel als rem suam familiarem ita instruere, ut appareat, aliquem fixam ibi sedem habere velle. S. *Anf. Frid.* PISTORIUS in Diff. ad Fragmenta, quae ex *Alfeni Vari* libris XL. Digestor. supersunt, praes. *Car. Christ.* HOFACKER def. *Tübingae* 1775. ad L. 203. cit. pag. 131. sq.

43) *L.* 2. *C. ubi Senator.* Senatores — in provinciis, ubi larem fovent, aut *ubi maiorem bonorum partem possident, et assidue versantur*, respondebunt.

44) Man vergleiche hier vorzüglich ZANGER de Exceptionibus P. II. Cap. I. nr. 15 — 55. und VOET h. t. §. 97. et 98.

Dahingegen läßt sich daraus, daß Jemand, wenn gleich eine geraume Zeit hindurch, wegen seiner Geschäfte, oder Gesundheit, oder wegen Studierens, oder um einer drohenden Kriegs- oder andern Gefahr zu entgehen, an einem Orte sich aufhält, die Aufschlagung eines beständigen Wohnsitzes noch keines weges folgern[45]). Man kann daher nicht sagen, daß ein Kaufmann an dem Orte ein Domicilium habe, wo er zu Meßzeiten seine Handlung zu treiben pflegt, wenn er auch deswegen an dem Orte einen Laden, oder Gewölbe, oder Niederlage der Waaren gemiethet hätte[46]). Auch die bloße Uebernehmung eines Pachts an einem andern Orte, wenn gleich selbiger auf mehrere Jahre geschloßen worden; und mit dem persönlichen Aufenthalte auf dem gepachteten Gute verbunden wäre, begründet keinen beständigen Wohnsitz, gesetzt auch, daß der Pächter deswegen dem Fürsten dieses Landes den Huldigungseid geleistet hätte[47]). Eben so wenig kann aus der Länge der Zeit allein, da Jemand sich an einem gewissen Orte aufgehalten, beurtheilt werden, ob er daselbst sein Domicilium aufgeschlagen

45) *L. 19. §. 2. D. h. t. L. 5. §. 5. D. de iniur. L. 7. Cod. de incolis.* Videtur enim, inde profectus, saltem peregrinari, ac si redierit, peregrinari destitisse, wie *L. 7. C. cit.* sagt. S. VOET h. t. §. 98. und RIVINUS cit. Diss. de non praesumta domicilii mutatione §. 20. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 159.

46) *L. 19. §. 2. D. h. t.* STRUV Synt. iur. civ. Exerc. IX. §. 25. LYNCKER Decis. 1201.

47 Man sehe Strubens rechtliche Bedenken IV. Th. Bed. 75. RIVINUS cit. Diss. §. 19. Ein Anderes verordnet die allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten I. Th. 2. Tit. §. 12.

gen habe, wie unser Verfasser sehr richtig bemerkt hat. Denn die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten[48], welche aus einem zehenjährigen Aufenthalte an einem Orte die Aufschlagung eines beständigen Wohnsitzes vermuthen wollen, ist schon längst von andern mit Grund verworfen worden[49].

Ueberhaupt ist es in solchen Fällen, da Zweifel entsteht, ob Jemand an einem gewissen Orte sein Domicilium aufgeschlagen habe, dem klugen Ermessen des Richters billig zu überlassen, nach den Umständen zu beurtheilen, ob Jemand

48) MARCARDUS de Probationib. Concluf. DXXXV. nr. 7. COTHMANN Vol. I. Resp. XXI. n. 64. *Fr. de* AMAYA Commentar. ad Tit. Cod. de incolis nr. 104. sqq. Man beruft sich auf die *L.* 2. *C. de incolis.* Allein dies Gesetz redet von einem besondern Falle, woraus sich keine allgemeine Regel herleiten läßt. S. *Leonh.* BEELS Diss. de foro domicilii. Cap. II. §. 4. Ueberdem beweisen die Worte der *L.* 2. *cit.* nisi decem annis transactis eo loco sedes sibi constituerint, deutlich, daß auch bey denen, welche sich studiorum causa an einem Orte aufhalten, der bloße Ablauf von zehen Jahren nicht genüge, wenn nicht noch andere Thatumstände diese Absicht, daselbst ein Domicilium zu errichten, unterstützen; z. B. wenn sie daselbst Häuser und andere Grundstücke kaufen, wie auch DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. VII. c. 12. *Ant.* MATTHAEI de Iudiciis (*Amstelodami* 1665. 8.) Disputat. IV. §. 10. und *Io. Did. van* LEEUWEN in Diss. de iuris studiosis P. I. (*Trajecti ad Rhen.* 1757.) Cap. I. §. 5. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertation. iuridic. Belgicar.* Vol. II. T. I. pag. 351.) bemerkt haben. Man sehe auch HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 44.

49) LAUTERBACH Diss. de domicilio §. 32. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXXII. medit. 2. WERNHER Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 148. RIVINUS cit. Diss. §. 25.

durch Thathandlungen seine Absicht hinlänglich zu erkennen gegeben habe, daß er einen gewissen Ort zu seinem beständigen Wohnsitz wählen wolle[50]). Denn auch selbst die eigene Erklärung desjenigen, von dessen Domicilium die Frage ist, kann hier nicht immer zur Entscheidung dienen, weil die Erfahrung lehrt, daß diese oft, als eine protestatio facto contraria, in keine Betrachtung kommen kann[51]). Im Zweifel ist daher immer eher zu vermuthen, daß Jemand sein väterliches oder bisheriges Domicilium fortgesetzt, als ein neues aufgeschlagen habe[52]). Denn eine Veränderung des Wohnsitzes wird im Zweifel nie vermuthet[53]). Daher liegt jederzeit demjenigen der Beweis ob, der dieses behauptet[54]).

§. 514.

50) VOET ad Pand. h. t. §. 97. LEYSER Specim. LXXII. medit. 1. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 27. S. 63.

51) Beyspiele findet man bey CRAMER Observat. iur. univ. T. V. Obs. 1392. bey Struben in den rechtlichen Bedenken IV. Th. B. 75. bey Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen I. Bandes IV. Th. Decis. CLXIII. pag. 1035. und in meinen mit Hen. Hofr. Geiger herausgegebenen merkwürdigen Rechtsfällen 2. Th. Nr. XXX. S. 204. ff.

52) VOET h. t. §. 92. ZANGER de Exceptionibus P. II. Cap. I. nr. 9 — 14.

53) *Io. Flor.* RIVINUS in Diss. de non praesumta domicilii mutatione. *Lipsiae* 1726.

54) *L.* 22. *D. de Probationib.* LAUTERBACH Diss. de domicilio §. 65. nr. 246. und RIVINUS cit. Diss. §. 29.

§. 514.

Wie weit ist eine Veränderung des Wohnsitzes erlaubt?

In der Regel hängt es nun von eines jeden freyen Willen ab, einen Wohnort zu wählen, wo es ihm gefällt, und also auch sein bisheriges Domicilium wieder zu verändern. Nihil est impedimento, sagt Marcellus [55]), quominus quis, ubi uelit, habeat domicilium, quod ei interdictum non sit; und schon Cicero [56]) hielt dies für eine Hauptgrundveste der Freyheit, *ne quis invitus civitate mutetur; neve in civitate maneat invitus*; so wie er es im Gegentheil für ein *exilium terribile* hält, *si quasi circumscriptus est habitandi locus* [57]). Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß derjenige, welcher einen neuen Wohnsitz aufschlagen will, die Fähigkeit habe, den dazu erforderlichen Willen zu erklären. Daher können Kinder unter sieben Jahren, ferner Rasende und wahnsinnige Personen, wenn nicht letztere etwa lichte Zwischenräume haben, kein Domicilium constituiren [58]); sondern erstere behalten das domicilium ihres Vaters, letztere hingegen denjenigen Wohnsitz, welchen sie sich vor dem Verlust ihres Verstandes consti-

55) *L. 31. D. ad Municipalem. L. 12. §. 9. D. de captivis et post lim. rev.* VOET h. t. §. 99.

56) *Orat pro Corn. Balbo.* Cap. 13.

57) *Paradox. cap. 2.*

58) *§. 8. et 10. I. de inutil. stipulat. L. 5. L. 40. D. de Reg. iur. L. 1. §. 12. et 13. D. de Oblig. et action. L. 6. C. dc curat. furiosi.*

tuirt haben [59]). Auch Unmündige und Minderjährige können nicht ohne Einwilligung ihrer Vormünder und der Obrigkeit [60]), so wie Kinder, die noch unter väterlicher Gewalt sind, nicht ohne Einwilligung ihres Vaters ihren Wohnsitz verändern [61]), außer wenn sie in dem Alter und Zustande sind, daß sie sich mit Zulassung der Gesetze von den Eltern trennen, und eine eigene Haushaltung anstellen können.

2) Darf auch die Veränderung des Wohnsitzes nicht in der Absicht geschehen, um dadurch die Rechte eines Andern zu kränken, oder sich dadurch gewissen besondern Pflichten ungebührlicher Weise zu entziehen. Daher darf

a) eine Ehefrau welche mit ihrem Manne in einer rechtmäßigen und noch bestehenden Ehe lebt [62]), ihren

59) FRANZKIUS Lib. I. Resolution. 16. nr. 29. sqq. LAUTERBACH Diss. de domicilio. §. 35.

60) LAUTERBACH c. l. §. 36. BYNCKERSHOEK Quaestion. iur. privati. Lib. I. cap. 16. RIVINUS cit. Diss. §. 23.

61) LAUTERBACH cit. Diss. §. 37. nr. 130. — nr. 132. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. 21 S. 340.

62) Ist die Ehe getrennt, so kann zwar, wie bereits oben (S. 267.) bemerkt worden, die Frau ihr Domicilium nach Gefallen wieder verändern; man sehe auch WERNHER Observat. for. T. II. P. X. Obs. 260. Hat ihr jedoch der verstorbene Mann ein Legat unter der Bedingung hinterlassen, wenn sie nicht wieder heyrathen, oder so lange sie sich an dem Wohnorte ihres verstorbenen Mannes mit ihren Kindern aufhalten, und solche bey sich behalten

ihren Wohnsitz nicht nach eigenem Gefallen ändern, sondern sie muß vielmehr ihrem Manne folgen, wo es diesem gefällt, seinen Wohnsitz aufzuschlagen, wenn gleich in dem Ehevertrage wäre festgesetzt worden, daß der Mann nicht wider den Willen der Frau sein Domicilium verändern solle[63]). Dieser Vertrag kann den Ehemann nicht binden, wenn er ein neues Amt, welches ihn anderswohin ruft, er-

 hält,

halten wird, so verliert sie ihr Vermächtniß, wenn sie durch eine zweyte Heyrath, oder durch Trennung von ihren Kindern ihren Wohnsitz verändert. *L. 30. §. 5. D. de Legat. III. Nov. XXII. cap.* 44. CRELL Observationes de foro viduarum. §. 5. und Westphal hermenev. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 604.

63) VOET h. t. §. 101. et ad Tit. Digest. de pact. dotal. §. 20. MEVIUS P. VI. Decis. 227. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 159. pag. 291. Danz Grundsätze des gemeinen ord. bürgerl. Processes §. 27. S. 64. Anderer Meinung sind zwar LAUTERBACH in Diss. de domicilio §. 61. *El Aug.* STRYK Diss. de mutatione domicilii. Cap. IV. nr. 18. sqq. WERNHER select. Observation. for. T. III. P. II. Obs. 261. und *Io. Henr.* BALECKE in Commentat. de iuribus ex mutatione domicilii maxime intuitu coniugum resultantibus. (*Rostockii* et *Wismariae* 1755.) Sect. I. §. 9. Allein selbst diese Rechtsgelehrten nehmen den Fall aus: *si iusta et urgens supervenerit domicilii mutandi causa,* man sehe LAUTERBACH c. l. §. 63. und in Colleg. Pand. Tit. de Ritu nupt. §. 89. auch WERNHER c. l. Sie setzen aber auch ausserdem die Wirkung des Vertrags doch nur darin, daß die Frau das Interesse zu fordern berechtiget sey, wenn der Mann dem Vertrage zuwider seinen Wohnsitz ändert, und diese Veränderung für die Frau nachtheilig ist; S. LAUTERBACH c. l. §. 62. Dies läugnet auch VOET h. t. §. 101. nicht.

hält, oder andere Ursachen ihn bestimmen, seinen bisherigen Wohnsitz zu verändern[64]). Streitiger hingegen ist die Frage, ob die Frau auch dann verbunden sey, dem Manne zu folgen, wenn dieser eines begangenen Verbrechens wegen seinen bisherigen Wohnungsort zur Strafe verlassen muß. Mehrere Rechtsgelehrten[65]) behaupten dieses wirklich, deren Meinung auch unser Verf. an einem andern Orte[66]) beygetreten ist. Die Gründe sind, weil Ehegatten Glück und Unglück mit einander theilen müssen[67]), überdem die Ehe eine individua vitae consuetudo sey, deren Band durch die Relegation des Ehemanns nicht aufgelößt werde[68]). Allein die meisten Rechtsgelehrten[69]) stimmen billiger

64) Nach dieser Meinung sprach auch die römische Rota im Jahr 1784. Man sehe Franz Jos. Hartlebens vollständige Anzeigen und unparth. Beurtheilung der neuesten juristischen Litteratur für das Jahr 1784. (Mainz 1785.) S. 476. f.

65) CARPZOV Iurisprud. Consistor. Lib. II. Definit 203. nr. 12. und in Iurisprud. for. P. IV. Const. 47. Def. 7. VOET h. t. §. 101. Dabelow Grundsätze des allgemeinen Eherechts der teutschen Christen. §. 168.

66) Tom. II. §. 1225. in fin.

67) *L. 22. §. 7. D. Soluto matrim.*

68) *L. 24. Cod. de donat. inter vir. et uxor. L. 1. Cod. de repud. Nov. XXII. cap. 13.*

69) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 413. nr. I. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 34. S. 115. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. XXI. S. 339. Schott Einleitung in das Eherecht §. 182. Not. ****. S. 401. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes §. 27. S. 64. u. a.

ger für die entgegen gesetzte Meinung, wenn eine solche Veränderung des Wohnsitzes für die Frau zum offenbaren Nachtheil und Ruin ihres Hauswesens gereichen würde; und diese Meinung ist auch in der Praxis[70]) angenommen. Denn es läßt sich wohl mit Grund nicht behaupten, daß dies ein solcher Unglücksfall sey, dergleichen die Frau mit zu tragen verbunden ist, wenn der Mann eines begangenen Verbrechens wegen des Landes verwiesen wird. Die individua vitae consuetudo kann auch in keine Betrachtung kommen, wenn dadurch die unschuldige Ehefrau mit gestraft werden würde, die nichts verbrochen hat. Denn die Gesetze wollen nicht, daß Jemand wegen des Verbrechens eines andern leide. Der Titel des Codex: *ne uxor pro marito vel maritus pro uxore conveniatur* (IV. 12) redet zwar nur von bürgerlichen Fällen, aber nach der ganzen Analogie und dem Grunde des Gesetzes muß die Anwendung davon auch auf peinliche Fälle gemacht werden[71]). Denn ganz allgemein ist die Verordnung der *L.* 22. *C de poenis*: Sancimus, ibi esse poenam, ubi et noxia est. Propinquos, notos, familiares procul a calumnia summovemus, quos reos sceleris societas non facit. Nec enim adfinitas vel amicitia nefarium crimen admittunt, *Peccata igitur suos teneant auctores*. nec ulterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum. Lauterbach[72]) wendet zwar

70) MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 159. pag. 291. in fin. et sq.

71) Kleinschrod's systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 37. S. 89. ff.

72) Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XXIII. Tit. 2. §. 90.

zwar dagegen ein, was Folge der ehelichen Verbindung ist, sey keine Strafe. Allein daraus würde folgen, daß die Frau dem Mann auch auf dem Zuchthause oder auf der Festung Gesellschaft leisten müßte. Soweit läßt sich aber doch wohl das consortium omnis vitae, welches nach Modestin[73]) den Character der ehelichen Verbindung ausmacht, nicht ausdehnen. Es widerspricht vielmehr Kr. Constantin[74]), welcher ganz ausdrücklich verordnet: ne alieni criminis infortunio adstringatur uxor. Nach dem neuern Röm. Recht hebt zwar die Strafe des Mannes, wenn sie auch in einer Deportation besteht, die Ehe nicht ipso iure auf[75]); aber sie giebt doch der Frau ein Recht, die Trennung der Ehe gerichtlich zu verlangen[76]).

b) Auch Leibeigene dürfen ihren Wohnsitz ohne Einwilligung des Leibherrn nicht verlassen. Geschieht solches, so können sie nicht nur aller Orten, wo man sie antrift, in Anspruch genommen und zurückgefordert, sondern auch deshalb mit einer willkührlichen Strafe belegt werden[77]). Eben so wenig können

c) die-

73) *L. 1. D. de ritu nuptiar.*

74) *L. 24. Cod. de donation. inter vir. et uxor.*

75) Man sehe hier besonders *Corn. Wilh. de* RHOER Dissertation. de effectu religionis christianae in iurisprud. Rom. Fasc. I. (*Groeningae* 1776. 8.) Diss. VI. §. 35. pag. 297. sqq.

76) *L. 8. §. 2. Cod. de repudiis.*

77) Quistorps Abhandlung, ob und in wie ferne die Veränderung des Aufenthalts als ein Verbrechen anzusehen sey, und welche Strafe deshalb Statt finde) (in desselben Beyträgen Nr. XXI. S. 342. f.)

c) diejenigen, welche in öffentlichen Aemtern und Bedienungen bisher gestanden haben, ohne erhaltenen Abschied sich entfernen, so wie man auch von denjenigen, welche bisher gewisse Rechnungen geführt, oder andere Geschäfte verwaltet haben, erfordert, daß sie zuvor gehörig Rechnung ablegen, ehe sie ihren Aufenthalt verändern[78]). Es können aber auch

d) andere Unterthanen, die in einer solchen Verbindung nicht stehen, in Ansehung der Emigrationsfreyheit durch die Gesetze des Landes, in welchem sie bisher ihr Domicilium gehabt haben, auf mancherley Art beschränkt seyn[79]); und es ist wohl ohne Zweifel diejenige Einschränkung bey weiten für die billigste zu halten, wenn Unterthanen, welche mit ihrem Vermögen aus dem Lande ziehen wollen, wenigstens ihr Vorhaben der Landesobrigkeit anzuzeigen, und die dem Staat zukommende Nachsteuer oder das

78) Quistorps angeführte Abhandlung S. 335. f.

79) *Io. Christph.* RUDOLPH Observationes de iure emigrandi et transmigrandi subditorum. *Erlangae.* *Io. Ge. Frid.* HEYD de iure emigrandi in Germania. *Tubingae* 1775. *Io. Frid. Wilh.* SCHLEGEL Commentat. de eo quod iustum est circa emigrationem civium. *Goettingae* 1787. *Frid.* HIRSCH Commentat. de iure emigrationem civium prohibendi. *Goett.* 1787. *Erhard.* LETH Commentat. de iure emigrandi ex uno territorio in aliud Germaniae et in exteras oras eiusque restrictione. *Goettingae* 1788. und *Io. Aug. Lud.* SEIDENSTICKER Commentat. de iure emigrandi. *Götting.* 1788. Ausser diesen Schriften ist auch noch zu bemerken *Ge. Steph.* WIESAND Diss. de limitibus, quibus facultas domicilii mutandi circumscribitur. *Vitembergae* 1791.

das Abfahrtsgeld zu entrichten angewiesen sind[80]). Nur der Religion wegen gestatten die teutschen Reichsgesetze allen und jeden Unterthanen des teutschen Reichs eine uneingeschränkte Freyheit auszuwandern[81]), so daß auch sogar Leibeigene von ihren Leibherren, im Falle ihr Wegzug lediglich die Gewissensfreyheit zum Grunde hat, nicht daran verhindert werden dürfen, wenn sie ausser dem gewöhnlichen Abzugsgelde, auch das übliche Lösegeld für die Erhaltung ihrer Freyheit zu bezahlen bereit sind[82]).

Wenn

80) Man vergleiche hier das allgemeine Preußische Landrecht 2. Th. Tit. 17. 2. Abschn. §. 127. ff. S. 1019. In den §§. 139. und 140. heißt es: Wer ohne die vorgeschriebene Anzeige, und die erforderliche Erlaubniß des Staats auszuwandern unternimmt, hat willkührliche Geld- oder Leibesstrafe verwirkt; und wer dem Staate das demselben zukommende Abfahrtsgeld zu entziehen sucht, muß den vierfachen Betrag desselben zur Strafe entrichten.

81) Zuerst geschahe dieses in Ansehung der Katholiken durch den Reichsabschied von 1530. §. 60. nachher wurde es in dem Religionsfrieden von 1555. §. 24. zwar auch auf die Evangelischen erstreckt, jedoch so, daß die besondern Rechte und Gewohnheiten eines jeden Orts in Ansehung der Nachsteuer ausdrücklich vorbehalten blieben. Weil jedoch über den Sinn dieser Reichsgesetze unter beyden Religionspartheyen mancherley Streitigkeiten und Beschwerden entstanden, so wurden diese durch den Westphälischen Frieden vom Jahr 1648. *Art. V.* §. 30. 36. u. 37. endlich und gänzlich beygelegt. S. Moser von der Landeshoheit im Geistlichen. B. IV. Kap. 14. §. 9. und HEYD cit. Diss. §. 37.

82) *Pax. Relig.* de 1555. §. 24. et *Instrum. Pac. Osnabrug.* Art. V. §. 37. Quistorp angef. Abhandlung S. 341.

Wenn übrigens unser Verf. noch bemerkt, daß die Nachsteuer, welche von den mit ihrem Vermögen auswandernden Bürgern oder Unterthanen gefordert wird (census emigrationis, gabella emigrationis), ihren Ursprung aus der ehemaligen teutschen Knechtschaft oder Leibeigenschaft herleite, und nachher durch das Herkommen, welches jedoch im Zweifel bewiesen werden müsse, weiter erstreckt worden sey, so berührt er hier einen Punct, der, wie bekannt, unter den Rechtsgelehrten sehr streitig ist. Er betrift die Frage, ob das Recht, Nachsteuer zu fordern, ein Ausfluß der Landeshoheit sey, oder ob selbiges, ohne Rücksicht auf dieselbe, in einem bloßen Herkommen gegründet sey, welches daher von demjenigen, der selbiges ausüben will, im Zweifel jederzeit bewiesen werden müsse? Ersteres läugnen mehrere sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrte welche die Nachsteuer in Ansehung der Bauern für ein gutsherrliches, in Ansehung der Bürger hingegen für ein obrigkeitliches Recht halten, wovon jenes in der ehemaligen Leibeigenschaft, letzteres hingegen in der Theilnahme an den gemeinschaftlich contrahirten Schulden seinen ursprünglichen Grund habe, bis dann durch das Mittel der Retorsion die Nachsteuer nach und nach allgemeinen Herkommens geworden sey [83]). Diese Rechtsgelehrten führen zur Begründung ihrer Meinung an, daß selbst die teutschen Reichsgesetze, welche von der Nachsteuer reden, die-

83) HEINECCIUS Elem. iur. germ. T. I. §. 61. Not. *). LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCCXXX. medit. 1—3. Häberlin im Handbuch des teutschen Staatsrechts 3. Band (Berlin 1797.) §. 368. S. 164. Klein in den merkwürdigen Rechtssprüchen der Hallischen Juristen-Facultät. 3. Band Nr. XVI. S. 257. ff.

dieselbe nicht für ein landesherrliches Regal erklärten, sondern nur wollten, daß es damit, wie es jedes Orts von Alters her üblich, hergebracht, und gehalten worden sey, gelassen werden solle [84]). Andere hingegen halten das Nachsteuerrecht für ein Recht der Landeshoheit, welches Verhinderung des Auswanderns der Staatsmitglieder zum Zweck, zugleich aber Entschädigung des Staats für das auſſer Landes gehende Vermögen, welches bisher als integrirender Theil des öffentlichen Staatsvermögens angesehen und behandelt worden ist, zum Hauptgrunde habe [85]). Diese behaupten daher, daß jeder teutsche Landesherr, vermöge der ihm zustehenden Landeshoheit, Nachsteuer einzuführen befugt sey, wenn auch gleich diese Art von Abgabe bisher noch nicht gefordert worden ist. Nur Mediaten, die sich ein solches Recht anmaßen, müßten

84) R. A. von 1530. §. 60. R. A. von 1555. §. 24. und von 1594. §. 82. und 84.

85) Franz Jos. Bodmanns Pragmatische Geschichte, Grund und inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts in Teutschland. Mainz 1791. 8. Ebendesselben inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts. Mainz 1791. und Ebendesselben äusseres oder nachbarliches Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts in Teutschland überhaupt, und im Erzstifte Mainz insbesondere. Mainz 1795. 8. Lange Anmerkungen und Berichtigungen zu Becks Abhandlung von Nachsteuer und Handlohn. Baireuth 1781. 4. Vorrede und Th. 1. Kap. 1. Bem. 2. Westphal teutsches und reichsständisches Privatrecht 1. Th. 4. Abhandl. und Wilh. Aug. Frid. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. Band §. 322. bis §. 326.

ten dieses erweisen. Da die Lehre vom Nachsteuerrechte nicht hierher gehört, so liegt auch die weitere Untersuchung jener Frage ausser meiner Sphäre.

§. 515.

Beschaffenheit und Umfang des fori domicilii.

In der Regel ist nun ein jeder, so wie den Gesetzen, also auch den Gerichten des Orts unterworfen, wo er sein Domicilium hat, insofern ihm deßhalb nicht etwa ein Privilegium zusteht [86]). Dieser Gerichtsstand, welcher durch den Wohnort des Beklagten begründet wird, ist

1) ein allgemeiner, wo alle Klagen, sie mögen dingliche oder persönliche, petitorische oder possessorische seyn, wider denselben angestellet werden können, wenn auch die Sache, worüber gestritten wird, nicht unter der Gerichtsbarkeit des Richters des Wohnorts gelegen [87]), und auch der

86) *L. 29. D. ad Municipalem.* LAUTERBACH Tract. de domicilio §. 58. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. X. Observat. 453. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Th. Deduct. 1. §. 3. et 7.

87) *L. 10. et 11. D. de Rei vindicat. L. ult. Cod. ubi in rem actio. L. un. Cod. ubi de hereditate. Marc.* LYCKLAMA *a* NIEHOLT Membranar. Lib. IV. Eclog. 3. 4. et 5. *Ant.* FABER Conjectur. Lib. XX. cap. 9. in fin. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disput. XVI. Th. 22. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 18. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 46. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IV. Th. 1. Not. 5. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t.

der Beklagte selbst nicht gegenwärtig ist [88]). Nicht alle Rechtsgelehrten stimmen zwar hierin überein, indem einige [89]) behaupten, daß sowohl die Realklagen, als auch die possessorischen Rechtsmittel, schlechterdings in foro rei sitae angestellt werden müßten, wenn die Sache, über deren Eigenthum oder Besitz gestritten wird, nicht an dem Wohn-

h. t. Qu. II. et ad *Eundem* EMMINGHAUS. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 3. Band Meditat. 177. Danz Grds. des gem. ordentl. bürgerl. Processes §. 27. S. 65.

88) *L. 19. D. de in ius vocat. L. 21. §. 2. D. Quib. ex cauf. maior. L. 1. et 2. D. de reb. auct. iud. possid.* Ger. NOODT Commentar. in Digesta h. t. pag. 153. (*Operum Tom. II.*) FRANZKIUS in Commentar. h. t. nr. 27. LAUTERBACH Tr. de domicilio. Cap. VIII. §. 56. nr. 204.

89) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 17. und ZANGER de Exceptionibus P. II. cap. 1. nr. 343. sqq. Unter den neuern ist dieser Meinung *Christ. Gottl.* EINERT in Observationibus iuris Romani. *Lipsiae* 1772. Cap. 4. beygetreten. Den Hauptbeweis für diese Meinung nimmt man aus der *L. 38. D. h. t.* wo Licinius Rufinus sagt: Si autem per *in rem actionem* legatum petetur, etiam *ibi peti debet, ubi res est.* Allein hier ist nicht eigentlich vom Gerichtsstande selbst, sondern nur davon die Rede, wo das geforderte Vermächtniß abzuliefern sey, wie auch schon Vinnius a. a. O. bemerkt hat. Rufinus geht nun von dem Grundsatz aus, daß ein Vermächtniß da auszuliefern sey, wo sich dasselbe befindet, wofern nicht etwa der Erbe solches an einen andern Ort aus Gefährde hingeschaft, oder der Erblasser ein anderes verordnet hätte, oder das Vermächtniß in fungiblen Sachen bestünde. In diesen Fällen muß es da prästirt werden, wo darauf

geklagt

Wohnorte des Beklagten gelegen ist; andere [90]) hingegen zwischen Realklagen, die bewegliche, und solchen, welch unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, einen Unterschied machen, und zwar in Ansehung der erstern auch das forum domicilii des Beklagten, bey den letztern hingegen nur allein das Gericht, unter welchem die Sache liegt, für

geklagt wird, oder wo es der Erblasser verordnet hat. *L. 47. pr. D. de Legat. I.* Ausserdem bleibt es bey der Regel, der Legatar mag das Vermächtniß mit einer Personal- oder Realklage fordern, nur daß letztere eigentlich da angestellt werden muß, wo die Sache liegt, weil der Erbe nur eigentlich hier das Legat auszuliefern schuldig ist, wenn auch die Klage in foro domicilii des Erben wäre angestellt worden. Hierdurch wird also dem Legatar die Wahl, seine Klage auch in foro domicilii anzustellen, keinesweges abgesprochen, wie aus der *L. 50. pr. et §. 2. D. h. t.* erhellet. Nach dieser Erklärung ist es weder nöthig, mit *Franc.* HOTTOMANN. Observation. Lib. III. cap. 7. statt peti, *solvi* zu lesen, noch mit *Ger.* NOODT in Commentar. h. t. pag. 154. das Wort *debet* für potest zu nehmen, obgleich übrigens diese Bedeutung nicht ungewöhnlich ist; *L. 2. §. 31. D. ne quid in loco publico. L. 1. pr. D. de hered. instituend. L. 9. D. de auro et arg. leg.* noch auch mit *Ant.* FABER Rational. ad h. L. die Stelle blos von einem legato per vindicationem relicto zu verstehen, da zu der Zeit, als Justinian seine Pandecten promulgirte, der Unterschied der Vermächtnisse in Ansehung der Formeln längst aufgehoben war.

90) CUJACIUS Lib. V. Observat. cap. 19. und VOET ad Pand. h. t. §. 77. Diese wollen die *L. ult. Cod. Ubi in rem actio* blos von beweglichen Sachen verstehen, weil nur von diesen gesagt werde, quod in aliquo loco constitutae sunt. Allein diese Erklärung widerlegt *L. ult. Cod. de praescript. longi temporis.* S. BEELS Diss. de foro domicilii Cap. II. §. 4.

zuständig halten wollen. Allein beyde Meinungen sind schon von andern hinlänglich widerlegt worden [91]). Vor der Einführung des Römischen Rechts war es zwar bey den alten Teutschen herrschender Grundsatz, daß an dem Wohnorte des Beklagten nur persönliche Klagen wider denselben angestellt werden könnten, dingliche Klagen hingegen schlechterdings bey dem Richter, unter welchem die Sache gelegen ist, angebracht werden müßten [92]). Allein der heutige Gerichtsgebrauch giebt dem Römischen Rechte den Vorzug, und es ist nach dem Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten [93]) ausser allem Zweifel, daß es auch bey Realklagen blos von dem Kläger abhange, ob er den Gerichtsstand des Wohnorts des Beklagten, oder das forum rei sitae wählen wolle. Der Gerichtsstand des Wohnorts con-

91) Man vergleiche vorzüglich SCHILTER Prax. iur. Romani. Exercitat. XIII. §. 30. et 31. und *Io. God.* BAUER Progr. actiones reales perinde in foro domicilii atque in foro rei sitae institui possunt. und EJUSDEM Progr. forum domicilii pro incompetente actionum realium qui habent, refutantur. (in EIUS *Opuscul.* Tom. I. pag. 429. sq. et pag. 441. sq.)

92) HEINECCIUS in Elem. iuris german. Tom. II. Lib. III. Tit. 2. §. 76. *Io. Christph.* BALSER Prolus. acad. de foro rei sitae apud Germanos. *Giessae* 1752. 4. und Kopps ausführliche Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der Geistlichen- und Civil-Gerichte in den Fürstl. Hessen-Casselschen Landen 1. Th. 4. St. §. 318. S. 414.

93) STRYK Us. Mod. Pandect. h. t. §. 35. SCHILTER c. l. §. 31. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 113. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXXII. med. 9. et Specim. XCIV. med. 1. *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaestion. forens. Tom. II. cap. 21. p. 143. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 159. in fin. pag. 292.

concurrirt also in der Regel mit allen besondern Gerichtsständen electivisch [94]), ausser wo die Gesetze eine Ausnahme machen, wie z. B. bey dem Gerichtsstande einer geführten Verwaltung fremder Geschäfte [95]); deßgleichen wenn über den jüngsten und gegenwärtigen Besitz gestritten, oder auf Wiedererlangung eines durch die widerrechtliche Handlung des Gegners verlohrnen Besitzes geklagt wird [96]). Denn diese Rechtsmittel können nur eigentlich in foro rei sitae mit Wirkung angestellt werden [97]). Wenn dies andere Rechtsgelehrte [98]) auf alle possessorische Rechtsmittel ausdehnen wollen, so läßt sich diese Meinung aus den Gesetzen nicht füglich beweisen [99]); das Gegentheil lehrt auch die Praxis [100]). Der Gerichtsstand des Wohnorts ist endlich

94) *L. 19. §. 4. D. h. t. Cap. 17. X. de foro compet.* Schmidts öffentliche Rechtssprüche IV. Abschn. Nr. LXXIX. §. 3. S. 530. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 34. EMMINGHAUS ad *Cocceii* ius civ. controv. h. t. Qu. II. not. u.

95) *L. 19. §. 1. L. 36. §. 1. D. h. t. L. 1.* et 2. *Cod. Ubi de ratiocin.*

96) *L. un. Cod. ubi de possessione agi oporteat.*

97) PEREZ Praelect. ad Cod. Lib. III. Tit. 16. nr. 3. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 156. HUBER Praelect. in Pand. h. t. §. 52. SCHAUMBURG c. l. Danz Grds. des gemein. bürgerl. Processes §. 27. am Ende. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 163.

98) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVII. cap. 17. und Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 34. S. 113. und in den summarischen Processen §. 29.

99) Man sehe EMMINGHAUS ad *Cocceium* h. t. Qu. II. not. x. et y. und BAUER cit. Progr.

100) BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 4. Th. 1. not. 5. MATTHAEI de iudiciis Disput. IV. §. 19. et 20.

2) nur ein ganz persönlicher Gerichtsstand, welcher nicht auf die Erben übergeht, sondern mit dem Tode des Erblassers erlöscht [1]). Denn das Domicilium eines Menschen hängt von seinem Willen ab, und kann nach Gefallen verändert werden, soweit kein Gesetz entgegen steht. Daher sagt Papinian [2]): domicilii ratio temporaria est. Das nämliche Recht muß auch dem Erben zustehen; gesetzt nun, man wollte sagen, der Erbe repräsentirt den Erblasser, und wird mit ihm für eine Person gehalten, so wird man doch nun auch zugeben müssen, daß der eigene Wohnsitz des Erben nun als eine Veränderung des Wohnsitzes des Erblassers anzusehen sey. Der Erbe ist daher in bloß persönlichen Klagen, die wider ihn als Erben angestellt werden, das forum domicilii seines Erblassers, insofern nicht etwa die Sache in diesem Gerichtsstande schon bey Lebzeiten des Verstorbenen rechtshängig geworden, keinesweges anzuerkennen schuldig, sondern er muß in seinem eigenen Forum belangt werden [3]). Mehrere Rechtsgelehrten [4]) wollen zwar be-

1) VOET h. t. §. 102. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. IX. Th. 36. MÜLLER ad *Eundem*. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 305. in Suppl. nov. nr. 30. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 156. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 159. pag. 292. *Leon.* BEELS Diss. de foro domicilii Sect. II. cap. II. §. 3. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 34. S. 115.

2) *L. 17. §. 11. D. ad municipal.*

3) KOCH Diss. de foro heredis §. 18. sqq. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. IV. Obs. 590.

4) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 57. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. IV. Th. 3. FRANZKIUS Comment. h. t. n. 9. sqq. CRELL Diss. de foro viduarum §. 5. und *Henr. El. Gottl.* SCHWABE Tr. de foro heredum competente §. 16. sqq.

behaupten, der Erbe trete auch in das forum domicilii seines Erblassers ein, und könne daselbst als Erbe belangt werden, wenn er auch gleich nicht gegenwärtig, und auch die Erbschaft nicht mehr daselbst befindlich wäre; andere [5]) hingegen, denen auch unser Verf. beystimmt, meinen, daß der Gerichtsstand des Verstorbenen wenigstens so lange auch in Ansehung des Erben für gegründet zu halten sey, als die Erbschaft noch nicht getheilt ist; noch andere [6]) glauben endlich, daß der Erbe wenigstens alsdann, wenn er gegenwärtig ist, sich in dem foro domicilii seines Erblassers zu stellen schuldig sey. Allein daß die L. 19. D. h. t. worauf sich die Vertheidiger aller dieser verschiedenen Meinungen berufen, nicht von dem Gerichtsstande des Wohnorts, sondern des Contracts rede, ist schon oben (S. 253.) gezeigt worden. Es sind auch die übrigen Gründe, die man noch für die eine oder die andere Meinung anzuführen pflegt, schon vom Herrn Canzler Roch geprüft, und gründlich widerlegt worden. Der einzige Grund verdient hier noch einige Prüfung, den Walch gebraucht hat. Dieser sagt, der Erbe, welcher die Erbschaft antritt, schließe an dem Ort, wo diese Antretung geschieht, einen Quasi-Contract, welcher den wahren Grund aller der persönlichen Klagen ausmache, die gegen den Erben Statt finden. Ein Contract begründe ja aber schon an sich einen Gerichtsstand, wenn der Contrahent an diesem Orte gegenwärtig ist, oder daselbst Güter besitzt. Allein auch dieser Grund ist unerheblich. Denn Erstens begründet ja die Erbschaftsantretung

5) SCHAUMBURG Comp. iur. Digest. h. t. §. 27. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. IV. cap. II. §. 5. pag. 753.

6) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4254. *Fratr.* BECMANNI Consil. et Decision. P. I. Decis. 23. n. 8. pag. 316.

kretung bekanntermaßen nur zwischen dem Erben und den Legatarien einen Quasi-Contract 7); also würden doch nur die Legatarien in diesem foro quasi contractus hereditatis aditionis gegen den Erben klagen können, nicht die Gläubiger des Verstorbenen. Dann aber ist ja auch dieses Forum ein neuer eigener Gerichtsstand, der erst in der Person des Erben begründet wird, wobey der Wohnort des Verstorbenen in keine Betrachtung kommt, weil ja die Erbschaftsantretung auch an einem andern Orte geschehen kann.

7) §. 5. I. *de obligat. quasi ex contr.*

Berichtigungen und Zusätze.

S. 6. Nr. 2. statt seine Wiederherstellung lies keine Wiederherstellung.

S. 16. Not. 62. sind beyzufügen *Andr. Guil.* CRAMER Dispunction. iur. civ. lib. sing. Cap. 4.

S. 25. Z. 3. ist nach den Worten: bey diesen Personen folgendes einzuschalten: nach der Analogie der Gesetze zwar schon von Zeit der erlittenen Läsion, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche aber erst ꝛc.

Not. 3. Ist hinzuzufügen KIND Quaestion. for. Tom. III. cap. 60.

S. 28. §. 467. Z. 4. statt blos lies nur hauptsächlich.

S. 49. Not. 76. sind noch hinzuzufügen Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß. Nr. V.

S. 68. Not. 36. Z. 1. ist statt Not. 100. Not. 10. zu lesen.

S. 73. ist statt c) vielmehr 3) zu setzen.

S. 74. Z. 6. muß st. eine ein gelesen werden.

S. 224. Not. 83. ist bey HOFACKER §. 4185. zu lesen.

kretung bekanntermaßen nur zwischen dem Erben und den Legatarien einen Quasi-Contract [7]); also würden doch nur die Legatarien in diesem foro quasi contractus hereditatis aditionis gegen den Erben klagen können, nicht die Gläubiger des Verstorbenen. Dann aber ist ja auch dieses Forum ein neuer eigener Gerichtsstand, der erst in der Person des Erben begründet wird, wobey der Wohnort des Verstorbenen in keine Betrachtung kommt, weil ja die Erbschaftsantretung auch an einem andern Orte geschehen kann.

7) §. 5. I. *de obligat. quasi ex contr.*

Berichtigungen und Zusätze.

S. 6. Nr. 2. statt seine Wiederherstellung lies keine Wiederherstellung.

S. 16. Not. 62. sind beyzufügen *Andr. Guil.* CRAMER Dispunction. iur. civ. lib. sing. Cap. 4.

S. 25. Z. 3. ist nach den Worten: bey diesen Personen folgendes einzuschalten: nach der Analogie der Gesetze zwar schon von Zeit der erlittenen Läsion, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche aber erst ꝛc.

Not. 3. Ist hinzuzufügen KIND Quaestion. for. Tom. III. cap. 60.

S. 28. §. 467. Z. 4. statt blos lies nur hauptsächlich.

S. 49. Not. 76. sind noch hinzuzufügen Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß. Nr. V.

S. 68. Not. 36. Z. 1. ist statt Not. 100. Not. 10. zu lesen.

S. 73. ist statt c) vielmehr 3) zu setzen.

S. 74. Z. 6. muß st. eine ein gelesen werden.

S. 224. Not. 83. ist bey HOFACKER §. 4185. zu lesen.

kretung bekanntermaßen nur zwischen dem Erben und den Legatarien einen Quasi-Contract [7]); also würden doch nur die Legatarien in diesem foro quasi contractus hereditatis aditionis gegen den Erben klagen können, nicht die Gläubiger des Verstorbenen. Dann aber ist ja auch dieses Forum ein neuer eigener Gerichtsstand, der erst in der Person des Erben begründet wird, wobey der Wohnort des Verstorbenen in keine Betrachtung kommt, weil ja die Erbschaftsantretung auch an einem andern Orte geschehen kann.

7) §. 5. I. *de obligat. quasi ex contr.*

Berichtigungen und Zusätze.

S. 6. Nr. 2. statt seine Wiederherstellung lies keine Wiederherstellung.

S. 16. Not. 62. sind beyzufügen *Andr. Guil.* CRAMER Dispunction. iur. civ. lib. sing. Cap. 4.

S. 25. Z. 3. ist nach den Worten: bey diesen Personen folgendes einzuschalten: nach der Analogie der Gesetze zwar schon von Zeit der erlittenen Läsion, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche aber erst ꝛc.

Not. 3. Ist hinzuzufügen KIND Quaestion. for. Tom. III. cap. 60.

S. 28. §. 467. Z. 4. statt blos lies nur hauptsächlich.

S. 49. Not. 76. sind noch hinzuzufügen Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß. Nr. V.

S. 68. Not. 36. Z. 1. ist statt Not. 100. Not. 10. zu lesen.

S. 73. ist statt c) vielmehr 3) zu setzen.

S. 74. Z. 6. muß st. eine ein gelesen werden.

S. 224. Not. 83. ist bey HOFACKER §. 4185. zu lesen.

kretung bekanntermaßen nur zwischen dem Erben und den Legatarien einen Quasi-Contract [7]); also würden doch nur die Legatarien in diesem foro quasi contractus hereditatis aditionis gegen den Erben klagen können, nicht die Gläubiger des Verstorbenen. Dann aber ist ja auch dieses Forum ein neuer eigener Gerichtsstand, der erst in der Person des Erben begründet wird, wobey der Wohnort des Verstorbenen in keine Betrachtung kommt, weil ja die Erbschaftsantretung auch an einem andern Orte geschehen kann.

7) §. 5. I. *de obligat. quasi ex contr.*

Berichtigungen und Zusätze.

S. 6. Nr. 2. statt seine Wiederherstellung lies keine Wiederherstellung.

S. 16. Not. 62. sind beyzufügen *Andr. Guil.* CRAMER Disputation. iur. civ. lib. sing. Cap. 4.

S. 25. Z. 3. ist nach den Worten: bey diesen Personen folgendes einzuschalten: nach der Analogie der Gesetze zwar schon von Zeit der erlittenen Läsion, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche aber erst ꝛc.

Not. 3. Ist hinzuzufügen KIND Quaestion. for. Tom. III. cap. 60.

S. 28. §. 467. Z. 4. statt blos lies nur hauptsächlich.

S. 49. Not. 76. sind noch hinzuzufügen Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß. Nr. V.

S. 68. Not. 36. Z. 1. ist statt Not. 100. Not. 10. zu lesen.

S. 73. ist statt c) vielmehr 3) zu setzen.

S. 74. Z. 6. muß st. eine ein gelesen werden.

S. 224. Not. 83. ist bey HOFACKER §. 4185. zu lesen.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 6,1

Erlangen (1800)

J.rom.c. 137-6,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565383-1
VD18 90223721